

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
CANDIDO MENDES

Ano 16, n. 16, 2011

Universidade Candido Mendes

Reitor: Candido Mendes

Vice-Reitor: Antônio Luiz Mendes de Almeida

Faculdade de Direito Candido Mendes - Centro

Fundador: Candido Mendes de Almeida Jr.

Diretor: José Baptista de Oliveira Jr.

Decano: João Baptista da Costa

Conselho Editorial

Antônio Carlos Cavalcante Maia (UCAM), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (UCAM), Heitor Costa Junior (UCAM), José Ribas Vieira (UFF), Mário Curtis Giordani (UCAM), Miguel Lanzellotti Baldez (IBMEC/RJ), Paulo Condorcet Barbosa Ferreira (UFRJ), Raphael Cirigliano Filho (UCAM) e Sylvio Capanema de Souza (UCAM).

Editor

Farlei Martins Riccio de Oliveira

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (CO-MUT) e indexada em RVBI – Senado Federal. Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN) do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). A revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

Copyright

As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Produção Gráfica

Gamma Livraria e Editora

Rua da Quitanda, 67, sala 301 – Centro. CEP: 20.011-030. Rio de Janeiro (RJ).
Tel./Fax: (21) 2224-1469. E-mail: contato@grammanet.com.br. Site: www.gramma-net.com.br

Diagramação: Haroldo Paulino Santos

Revisão: Milena Martins Moura

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES

Rua da Assembleia, 10, sala 416 – Centro.

CEP: 20011-000. Rio de Janeiro (RJ).

Tel.: (21) 2531-2000. Site: <http://www.ucam.edu.br/pesquisa/revistafdcm.asp>

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes : nova série. -- v.1 (dez.1996)- . --
Rio de Janeiro : UCAM, FDCM, 1996 - Anual
ISSN 1676-1308
1. Direito – Periódicos I. Faculdade de Direito Candido Mendes
CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

Nacionalidade das Pessoas Jurídicas Transnacionais <i>Eliane Braz</i>	1
O Filósofo Artista <i>Flávia Bruno</i>	17
<i>Judicial Review</i> à Moda Brasileira: Reflexos da Teoria Constitucional Norte-Americana no Cenário Nacional <i>Flávia Martins de Carvalho, Andressa Storck, Antônio Pedro Braga Netto, Bryan Lins, Cláudia Aguiar e Raissa Torres</i>	35
A Postura da Defesa no Processo Penal: a Adoção de Estratégias Defensivas <i>Franklyn Roger Alves Silva</i>	53
O Rastro Desconstrutivo ao Direito Criminal e o Norte Indesconstruível da Justiça <i>Igor Pereira</i>	65
Os Embargos à Execução Fiscal e a Desnecessidade de Garantia do Juízo para seu Oferecimento <i>Raphael Corrêa</i>	85
Política Criminal de Segurança Pública em Tempos de Democracia: Limites à Soberania Estatal <i>Roberta Duboc Pedrinha e Taiguara Libano Soares e Souza</i>	99
La Responsabilidad Patrimonial del Estado Frente al Deficiente Ejercicio de la Función Administrativa <i>Inés Anunciada D'Argenio</i>	121

O Visconde do Uruguai e o Direito Administrativo Comparado <i>Ana Lucia de Lyra Tavares</i>	141
Levando o Conceito de Autopoiese a Sério: por que o Direito não Pode Ser Compreendido a partir do Paradigma de Niklas Luhmann <i>Josué Mastrodi</i>	155
Ética no Poder Judiciário sob a Visão Aristotélica <i>Érika Barboza de Carvalho</i>	175
Direitos Humanos e Cidadania – Edith Stein <i>Andréia Tognazzi Costa Barbosa, Angelia Soares, Milton Rodrigues Pereira, Sérgio de Oliveira Rocha e Maria Lucia Sales Gyrão</i>	191
Discricionariedade Administrativa e sua Transformação no Estado Democrático de Direito <i>Sérgio Guerra</i>	205
Da Sociedade de Risco à Sociedade de Garantia: a Convalidação dos Atos Administrativos Provisórios e sua (In)Compatibilidade com a Tutela Ambiental <i>Leonio José Alves da Silva</i>	229
Algumas Reflexões sobre a Jurisdição Brasileira em Questões Internacionais de Falência <i>Marcos Vinícius Torres Pereira e Frederico A. Monte Simionato</i>	255
O Fundamento Material do Ilícito-Típico à Luz da Compreensão Onto-Antropológica do Direito Penal de Faria Costa: a Ofensividade e os seus Distintos Níveis <i>Diego Alan Schofer Albrecht e Júlia Bagatini</i>	279
O Processo Administrativo como Meio de Auferição do Acesso à Justiça nas Relações Jurídico-Tributárias <i>Rodrigo de Moraes Pinheiro Chaves</i>	305
Maquiavel e a Guerra Fiscal do ICMS: por que os Estados Seguem à Risca o Capítulo XVIII de <i>O Príncipe</i>? <i>Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba</i>	319

Dano Moral por Atraso ou Cancelamento de Voo	
<i>Daniel Henrique Rennó Kisteumacher</i>	337
Resumos e <i>abstracts</i>	353
Normas para recebimento e publicação dos trabalhos	369
Normas para referências bibliográficas	371



NACIONALIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

Eliane Braz¹

Introdução; I Nacionalidade da pessoa jurídica; II Nacionalidade, conceito; III Atuação do Estado como representante da pessoa jurídica de sua nacionalidade; IV Nacionalidade, personalidade e reconhecimento; V Critérios para definição da nacionalidade da pessoa jurídica; 1. Nacionalidade e autorização para funcionamento; 2. Critério do controle ou da nacionalidade dos sócios; 2.1. Adoção excepcional do critério do controle acionário; 3. Critério da incorporação ou do lugar de constituição; 4. Critério da sede; 5. Critério da autonomia da vontade; VI No direito internacional; VII No Brasil; VIII Conclusão; IX Notas; X Referências Bibliográficas.

Introdução

A crescente participação das sociedades empresariais no comércio internacional e a sua importância no desenvolvimento econômico dos Estados tornam a definição da nacionalidade das pessoas jurídicas matéria de grande relevância na atualidade. Situações envolvendo controvérsias relativas ao tema são causadoras de conflitos entre Estados e objeto de inúmeros

tratados internacionais. No entanto, a expansão do comércio internacional demonstra que a solução está longe de ser alcançada.

Hoje várias empresas atuam em diferentes Estados reproduzindo a mesma organização administrativa e operacional, o que lhes garante o controle das diferentes unidades. Elas podem estar sediadas em um país e operar sua produção, ou parte dela, em outro – as transnacionais – ou ter as suas diferentes fases de produção distribuídas entre unidades de variadas nacionalidades – as multinacionais. Na realidade, os dois termos, pelo uso comum, acabaram fundindo-se e sendo usados para denominar, de forma genérica, as grandes empresas que, sediadas geralmente nos países centrais, operam ou controlam a produção nos Estados periféricos.

A ação dessas empresas no mundo subdesenvolvido dá-lhes um peso bastante grande no contexto econômico desses países, pois mantêm agregados à sua produção segmentos da economia de uma região, a qual acaba dependente.

Essas características permitem que tais empresas atuem na sociedade internacional com um alto grau de autonomia e, devido aos interesses que elas representam, com investimentos e capacidade de geração de empregos, são capazes de impor aos Estados as regras de mercado, seja diretamente ou indiretamente, por meio dos Estados em que se encontra a sede de controle.

I – Nacionalidade da pessoa jurídica

Atuando simultaneamente em vários Estados, as empresas transnacionais encontram-se subordinadas a mais de uma jurisdição, o que pode levar a conflitos de leis na definição de seu estatuto jurídico.

Objeto do direito internacional privado, os fatos que envolvem sistemas jurídicos diversos, todos igualmente competentes para defini-los, podem originar-se das relações em torno da organização, regulamentação, operação ou dissolução das empresas transnacionais. Eles podem ser relativos à instalação da sede da sociedade em um país para exercício de atividade em outro, tornando esse o seu centro de exploração; à participação dos sócios de diferentes nacionalidades; à possibilidade de responsabilização dos mesmos; ou podem ainda ser relativos a se o capital pode ou não estar subscrito em várias nações.

O estatuto jurídico da pessoa jurídica é definido pela lei de sua nacionalidade. Ela serve, principalmente, a duas importantes questões. A primeira diz respeito ao reconhecimento de sua personalidade pelo Estado, isto é,

à identificação do sistema jurídico que regula suas atividades e lhe atribui capacidade. A segunda questão é relativa à condição jurídica de estrangeira, que qualifica a sociedade regulada por sistema jurídico distinto do nacional, e pode limitar ou mesmo vedar atividades de exercício exclusivo das sociedades nacionais (Dolinger, 1997, p. 441). A definição da nacionalidade da pessoa jurídica é, portanto, fundamental para se conhecer as normas que regulam a constituição, o funcionamento e a dissolução das sociedades transnacionais.

II – Nacionalidade, conceito

Conforme o clássico conceito de Pontes de Miranda, a nacionalidade “é o vínculo jurídico político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado” (Silva, 2009, p. 319), que estabelece, entre o Estado e seu nacional, laço de direitos e obrigações reconhecidas universalmente.

Esse laço, que ultrapassa os limites territoriais e subsiste mesmo em território estrangeiro, em razão do exercício da jurisdição pessoal do Estado, legitima a atuação desse junto a Estados e órgãos internacionais na defesa dos interesses de seus nacionais. Esse mesmo vínculo liga o Estado à pessoa jurídica nacional. Embora não possamos dizer que ela componha o elemento pessoal do Estado, ela é sem dúvida o resultado da soma de esforços de pessoas físicas nacionais de um Estado determinado. Sua nacionalidade, da mesma forma que a personalidade, não se confunde com a de seus constituintes. No entanto, sua atuação é a expressão da vontade e dos interesses de seus sócios. Por esse motivo, o Estado tem igual legitimidade para atuar na defesa dos interesses da pessoa jurídica de sua nacionalidade e na defesa do patrimônio do sócio proprietário do capital que constituiu ou compõe.

III – Atuação do Estado como representante da pessoa jurídica de sua nacionalidade

A definição da nacionalidade da pessoa jurídica é elemento fundamental para se conhecer as características de seu estatuto jurídico, isto é, sua organização administrativa, distribuição do capital, capacidade para contrair obrigações e se responsabilizar etc. Os critérios para definição da nacionalidade das sociedades empresariais, da mesma forma que a nacionalidade da pessoa física, são estabelecidos internamente por cada Estado. No entanto, ainda que de nacionalidade estrangeira, todos os sujeitos de

direito interno têm suas atividades reguladas pelas normas locais do Estado em que operam.

As sociedades ficam, assim, sujeitas às mudanças na política, na legislação ou a questões de ordem pública que podem resultar em confisco ou desapropriação. Subordinadas ao direito nacional e limitado o recurso aos tribunais locais, o questionamento da legalidade das medidas é infrutífero.

A contestação de normas nacionais só é possível entre sujeitos de direito internacional. Dessa forma, os interesses de estrangeiros em conflito com os interesses nacionais só poderão ser defendidos por meio de seu Estado de nacionalidade, por via diplomática ou judicial. No entanto, a atuação do Estado esbarra na conveniência política, o que poderá impedi-lo de agir.

Apesar da consideração do princípio que distingue as personalidades da pessoa jurídica e de seus sócios pelas instâncias jurisdicionais internacionais, a atuação do Estado de nacionalidade do sócio da pessoa jurídica, na defesa de seu interesse específico, justifica-se em razão da obrigação de assistência conferida pelo laço da nacionalidade.

A defesa desses interesses tem sido operacionalizada pelos Estados por meio da via diplomática e convencional, que procura garantir maior segurança para os investimentos estrangeiros.

Na atualidade, em função das normas de integração e de direito comunitário, a pessoa de direito interno tem acesso a organismos jurisdicionais internacionais em que pode atuar na defesa de seus interesses sem necessidade da intermediação do seu Estado. Também a adoção disseminada da arbitragem como meio jurisdicional vem garantindo maior segurança aos investimentos estrangeiros.

IV – Nacionalidade, personalidade e reconhecimento

Diferente do que ocorre com a pessoa física, cujo nascimento constitui um fato jurídico e a personalidade é reconhecida automaticamente por todos os Estados, a aquisição e o reconhecimento da personalidade jurídica dependem do atendimento de requisitos legais que diferem de um país para outro. Assim, a pessoa jurídica nasce por força da lei do Estado em que se formou e que lhe confere suas qualidades jurídicas (estatuto pessoal). Dessa forma, a capacidade da pessoa jurídica na sociedade internacional depende da que lhe for atribuída pelo sistema jurídico do Estado que lhe conferiu personalidade. Portanto, o Estado sob cujo ordenamento se constituiu a sociedade torna-se garantidor de suas qualidades jurídicas na sociedade internacional.

O reconhecimento internacional, no entanto, dependerá da comprovação pela entidade da satisfação dos requisitos legais estabelecidos pelo Estado em que se constituiu (aquisição da personalidade), de modo a vincular seu estatuto ao sistema jurídico que lhe conferiu personalidade.²

O reconhecimento da pessoa jurídica tem caráter constitutivo em relação à ordem jurídica do fórum, reconhecimento da capacidade para demandar e ser demandada, e significa atribuição de personalidade. Entretanto, não se confunde com a autorização para o exercício da atividade.

Segundo Amílcar de Castro, o reconhecimento significa atribuir “de pleno direito personalidade às pessoas jurídicas estrangeiras”, isto é, reconhecer-lhes a condição de sujeito de direitos e obrigações junto à ordem jurídica interna.

Segundo Dolinger, a submissão de uma sociedade à lei de determinado Estado, para definição de seu estatuto jurídico, coincide com a atribuição de nacionalidade.³

V – Critérios para definição da nacionalidade da pessoa jurídica

Para Amílcar de Castro, “tal como acontece com a personalidade, ou a capacidade, a nacionalidade só existe e só é válida relativamente a certa ordem jurídica; e do fato de ser atribuída por uma não se segue que deva prevalecer para outra”,⁴ e “assim como a nacionalidade das pessoas físicas é atribuída por motivos diversos (*ius solis*, *ius sanguinis*, casamento, adoção, naturalização), também a nacionalidade das pessoas jurídicas pode ser atribuída por diferentes meios”, podendo ser o lugar da constituição da sociedade, do centro de exploração, da sede da administração etc., cabendo a cada Estado definir os critérios de concessão ou designação da nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com sua conveniência.⁵

Além da variedade de critérios que podem ser considerados pelos Estados na definição da personalidade das PJ, intervém também a ordem pública como limitadora dos efeitos da aplicação do critério definido legalmente, em função de perspectivas próprias e critérios ligados à tradição e à história.⁶

Apesar disso, a adoção de critérios diferentes para a definição da nacionalidade das pessoas jurídicas pode gerar conflitos e facilitar as fraudes.

Os critérios mais utilizados para se determinar a nacionalidade das pessoas jurídicas são: o critério da incorporação, quando a nacionalidade é

definida pelo Estado onde a entidade se constituiu; o critério da sede social, a qual pode ser entendida como a sede estatutária, dando margem a fraudes; ou o controle acionário, em que se considera a nacionalidade dos detentores do capital da sociedade.⁷

Para Dolinger, a nacionalidade da pessoa jurídica deve ser definida pelo Estado cujo sistema jurídico regulou o seu nascimento⁸ e lhe conferiu personalidade (critério da incorporação). Com a mesma posição, Amílcar de Castro considera que a nacionalidade da pessoa jurídica é definida pela relação de subordinação ao ordenamento estatal que a constituiu⁹ e que a considera como realidade jurídica.¹⁰

Irineu Strenger, no entanto, considera que a definição da nacionalidade da pessoa jurídica deve ser feita com base no território em que aquela tem a sua sede social e o seu centro diretor ou de comando.¹¹

Atualmente, a maior parte dos sistemas jurídicos adota a combinação dos critérios relativos ao lugar de constituição da pessoa jurídica e o lugar de sua sede ou principal estabelecimento, sendo esses, na maioria dos casos, coincidentes.¹² Também as convenções internacionais mais importantes sobre o tema¹³ adotam simultaneamente o lugar de constituição da sociedade e o da localização de sua sede social ou do centro de suas atividades para definir a nacionalidade da pessoa jurídica e da lei aplicável ao seu estatuto. No entanto, número considerável de autores menciona o lugar onde a pessoa jurídica desenvolve sua atividade principal como o critério mais significativo.¹⁴

1. Nacionalidade e autorização para funcionamento

Os critérios para definição e atribuição da nacionalidade da pessoa jurídica não se confundem com os requisitos necessários para o seu funcionamento, que podem ser suplementares e exigidos pelos Estados em que ela venha a operar.

Segundo Irineu Strenger, “as pessoas jurídicas necessitam sempre, de acordo com as legislações vigentes, de que sua capacidade seja completada mediante autorização concedida por autoridade judicial ou administrativa”. A autorização é uma forma habilitante, regida pelo princípio *locus regit actum*, uma vez que são complemento da capacidade. Assim, a título subsidiário, deve conceder a autorização a autoridade competente do lugar onde a pessoa jurídica pretende atuar ou desenvolver suas atividades.¹⁵

2. Critério do controle ou da nacionalidade dos sócios

Segundo tal critério, a nacionalidade da pessoa jurídica é definida em função da nacionalidade dos detentores do capital da sociedade.¹⁶ Nesse caso, é considerada a nacionalidade do maior número de associados que exercem o seu controle.

Irineu Strenger aponta como dificuldade na adoção desse critério o caso das empresas que têm suas ações disseminadas por um grande número de acionistas de variadas nacionalidades, muitas vezes sendo eles próprios pessoas jurídicas. Outra dificuldade seria a possibilidade da constante alteração da nacionalidade da pessoa jurídica em razão das transações de transferência de títulos,¹⁷ resultando em instabilidade e insegurança jurídica.

A adoção do critério do controle acionário na definição da nacionalidade da pessoa jurídica se choca com o princípio que distingue a personalidade dessa da personalidade de seus sócios. Tal princípio foi ratificado pela Corte Internacional de Justiça quando essa preteriu o critério do controle acionário e optou pela adoção do critério do lugar de constituição e sede para definir a nacionalidade da sociedade no julgamento do caso *Barcelona Traction*.

A decisão, que negou legitimidade à Bélgica para representar seus nacionais acionistas de empresa canadense, teve como consequência imediata a perda do capital belga investido, uma vez que o Canadá, Estado de nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com o critério adotado pela CIJ, não considerou conveniente a representação contra a Espanha, Estado responsável pelo confisco dos bens da filial em território espanhol.

No entanto, ao julgar o caso *Electronica Sicula (ELSI)*, a CIJ, embora aplicando os mesmos princípios adotados no julgamento do caso *Barcelona Traction*, considerou legítima a atuação da defesa da empresa americana acionista (100%) da empresa de nacionalidade italiana.

O caso deu início à discussão quanto à garantia e à proteção dos investidores estrangeiros e promoveu a criação de uma série de acordos internacionais de modo a permitir que os Estados de nacionalidade dos acionistas pudessem atuar na representação de seus interesses, ainda que a pessoa jurídica tenha nacionalidade distinta.

Promovida pelo Banco Mundial, a Convenção para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados,¹⁸ assinada em Washington em 1965, criou um Centro de Solução de Controvérsias, com o objetivo de proporcionar uma alternativa confi-

ável para dirimir os conflitos legais entre Estados e empresas privadas de diferentes nacionalidades, e passou a compor as cláusulas dos acordos de promoção de investimentos e de livre comércio.

Em sua maioria, tais acordos previam a adoção privilegiada da nacionalidade dos detentores do capital como critério para a definição da nacionalidade da pessoa jurídica; sua adoção em caso de conflito de interesses entre o Estado de nacionalidade da pessoa jurídica e o Estado de nacionalidade dos sócios; ou, ainda, conferia permissão para que o Estado de nacionalidade dos sócios os representasse independente da nacionalidade da pessoa jurídica.

De toda forma, a ideia é garantir a prioridade da norma convencional sobre qualquer outra que imponha critério ou princípio divergente e coloque em risco os investimentos estrangeiros impedindo o Estado de atuar como representante legítimo dos investidores.

2.1. Adoção excepcional do critério do controle acionário

Lembra Amílcar de Castro que, ainda que o controle acionário não seja o critério utilizado para a definição da nacionalidade da pessoa jurídica, ele poderá ser considerado para qualificá-la como inimiga.¹⁹ Segundo o autor, “em tempo de guerra, tem-se considerado inimiga a sociedade, nacional ou estrangeira, controlada por inimigos. [...] uma pessoa jurídica nacional ou estrangeira pode ser considerada inimiga, sem que o controle por inimigos altere sua nacionalidade. Vale dizer: a pessoa jurídica controlada será tratada como inimiga, mas pelo controle não muda a sua nacionalidade.”²⁰ Na mesma direção, Jacob Dolinger²¹ cita o Tratado de Versalhes como fundamento jurídico para a adoção excepcional desse critério.

3. Critério da incorporação ou do lugar de constituição

Segundo Maria Helena Diniz, “a nacionalidade da pessoa jurídica é definida tendo em vista sua subordinação à ordem jurídica que lhe conferiu personalidade, sem se ater à nacionalidade dos membros que a compõem e à origem do controle financeiro”.²²

O critério que define a nacionalidade da pessoa jurídica segundo o lugar de sua constituição significa considerar que somente a lei do país onde ela toma forma pode conferir-lhe personalidade.²³ Dessa forma, a constituição da pessoa jurídica resultante do cumprimento de formalidades (geralmente

registro e publicidade) requeridas por determinado sistema jurídico designará a sua nacionalidade.

Segundo Dolinger, esse critério tem o inconveniente de, por ser dependente da vontade dos fundadores, poder levar a escolhas arbitrárias e abusivas.²⁴

4. Critério da sede

Esse critério considera o centro administrativo como o elemento caracterizador da nacionalidade da pessoa jurídica, a natureza das suas atividades como expressão de sua personalidade e capacidade. Entretanto, não se confunde com o local da exploração do negócio ou de exercício da principal atividade (que pode constituir também critério definidor da nacionalidade da pessoa jurídica).

O critério considera a necessidade de um elo efetivo entre a sociedade e o país cuja lei se vai aplicar, bem como de evitar fraudes, principalmente fiscais, e de promover a segurança por meio da previsibilidade de um elo estável e realista.²⁵

Tal critério é normalmente utilizado em conjunto com o critério precedente (do lugar de constituição), tanto porque uma sociedade normalmente é constituída no país em que fixa sua sede estatutária quanto devido às dificuldades em sua adoção isolada.

O critério pode referir-se à sede estatutária ou à sede social, sendo essa última entendida como o local em que se encontram os órgãos de direção da pessoa jurídica. Outra qualificação possível refere-se ao centro de interesse ou lugar de exploração principal, onde a pessoa jurídica manifesta sua atividade exterior e contrata habitualmente.²⁶ No entanto, no caso de empresas com atividades internacionais há dificuldade de se identificar o centro de suas atividades.

Além da dificuldade de se identificar, em muitos casos, o centro da atividade principal, a variedade de qualificações que o termo pode sugerir faz com esse critério seja considerado múltiplo e imprevisível.

5. Critério da autonomia da vontade

Por esse critério, cabe aos fundadores definir livremente a nacionalidade da pessoa jurídica, atribuindo-a no estatuto de constituição. A facilidade

de fraude levou ao afastamento desse critério como mecanismo para a definição da nacionalidade da pessoa jurídica.

VI – No Direito Internacional

Em razão da importância da matéria para o comércio internacional e dos conflitos que pode acarretar a divergência das normas de qualificação das pessoas jurídicas estrangeiras, acordos internacionais têm sido firmados com o objetivo de contornar os problemas que surgem dessas relações.

Citando Vitta, Strenger classifica esses acordos em duas categorias: acordos relativos ao reconhecimento e tratamento recíprocos das pessoas jurídicas por parte dos Estados contratantes; e acordos de criação convencional de pessoas jurídicas.²⁷ Ainda de acordo com o autor, esses acordos adotam, em geral, o duplo critério do lugar da constituição e o da sede social para a definição da nacionalidade da pessoa jurídica.²⁸

As convenções europeias mais representativas sobre a matéria (a Convenção da Haia sobre Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras, de 1956; o Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia; a Convenção de Strasburgo, concluída no âmbito do Conselho da Europa, em 1966) reproduzem o entendimento do Art. 1º. da Convenção da Haia, o qual estabelece que “a personalidade jurídica é adquirida [...] em virtude da lei de um Estado contratante, cujas formalidades de registro ou de publicidade tenham sido atendidas e no qual se encontre sua sede estatutária, será reconhecida de pleno direito nos outros Estados contratantes” como nacional do Estado em que se constituiu. O artigo indica a necessidade de satisfação simultânea dos critérios da incorporação e da sede estatutária no mesmo Estado,²⁹ definido como sede estatutária o centro real da administração.

O Tratado de Roma garantia ainda o reconhecimento recíproco das sociedades com fins lucrativos, a manutenção da personalidade jurídica da sociedade em caso de transferência para o território de outro Estado membro e a fusão de sociedades sujeitas a legislações nacionais diferentes (nacionalidades diferentes).³⁰

O Código de Bustamante adota critérios diferentes para os diferentes tipos de pessoas jurídicas. Assim, em relação às fundações e associações, a nacionalidade será definida pelo critério da incorporação (Art. 16 e 17). As sociedades civis, mercantis ou industriais terão a nacionalidade definida por seus fundadores em seu ato constitutivo (critério da autonomia da vontade) ou por meio da adoção do critério da sede social (Art.18). A S/A

terá a nacionalidade definida pelo critério da autonomia da vontade ou pela lei do lugar em que se encontre o seu centro de direção administrativa – critério da sede (Art. 19).³¹

As convenções especializadas da OEA, realizadas em 1979 e 1984, adotaram o critério da incorporação, definindo a expressão “lei do lugar de constituição” como “a lei do Estado onde se cumprem os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades”. A adoção de modo exclusivo do critério de incorporação permite que a sociedade estabeleça sua administração central no território de outro Estado, sem que isso interfira na sua nacionalidade.³²

O Consenso de Washington, Convenção do Banco Mundial assinada em 18 de março de 1965,³³ em seu Art. 25.2, dispõe que, na presença de conflitos envolvendo determinado Estado e pessoa jurídica de sua nacionalidade, mas cujo controle pertença a nacionais de outro Estado, é possível a admissão de acordo internacional que considere a pessoa jurídica como nacional do Estado de nacionalidade de seus controladores a fim de submeter-se a divergência à jurisdição do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIRCI).³⁴

A interpretação das normas da convenção nos leva a considerar a adoção do critério do controle acionário como medida excepcional ao critério ordinário da incorporação, coincidente com o critério da sede, para definição da nacionalidade da pessoa jurídica. Assim é que o Centro de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, criado pela convenção e vinculado ao BIRD, firmou o entendimento de que a adoção do critério do controle acionário só é permitida se significar amparo diante de uma conduta abusiva ou fraudulenta e só pode ser utilizado para ampliar o âmbito de proteção dos investidores estrangeiros e não para restringi-lo.

Por controle estrangeiro, o centro entende que o controle econômico é o que melhor reflete a realidade e pode ser verificado pela participação majoritária, absoluta ou relativa, dos sócios estrangeiros e a capacidade de influir na administração da sociedade.

O Centro de Solução, acessível tanto a Estados quanto a entidades privadas, embora considere a liberdade das partes para acordarem sobre a nacionalidade das PJ e o estabelecimento do seu critério de definição, condiciona a validade do acordo às circunstâncias dos fatos, isto é, não se poderá estabelecer uma nacionalidade fictícia do investidor com o qual não se guarde nenhuma ligação real.

A preferência pelo critério da incorporação, que aparece normalmente combinado com o critério da sede – mas que pode se apresentar também com os demais, de acordo com a conveniência dos Estados –, deve-se à segurança proporcionada às relações internacionais pela estabilidade que o critério confere ao estatuto da pessoa jurídica.

VII – No Brasil

No Brasil, a nacionalidade da pessoa jurídica nos remete ao Art. 1.126 do Código Civil e ao Art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Para qualificar uma sociedade como brasileira, o artigo do Código Civil elenca como requisitos a organização de acordo com a lei brasileira, o que caracteriza o critério da incorporação, e a localização da sede de sua administração no país. Será brasileira, portanto, a entidade que submeter sua criação às leis brasileiras e instalar aqui o seu centro de controle.

Dessa forma, podemos afirmar que o Brasil adota um critério misto para a concessão da sua nacionalidade. Também de acordo com esse critério, a sociedade estrangeira que queira adquirir a nacionalidade brasileira poderá fazê-lo transferindo para o Brasil a sua sede (Art. 71, Dec. 2627/40).

O critério inscrito no art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil,³⁵ que menciona apenas o critério da incorporação, diz respeito à matéria de Direito Internacional Privado, constitui elemento do método conflitual e designa a nacionalidade da pessoa jurídica estrangeira.

Verificamos, portanto, que, para a concessão de sua nacionalidade, o Brasil adota requisitos que combinam o critério da incorporação com o da sede social. No entanto, nas relações com entidades estrangeiras, a nacionalidade dessas será definida exclusivamente com a aplicação do critério da incorporação e será a do Estado em que se constituiu, o qual fornecerá também a lei que definirá os atributos de seu estatuto jurídico. Portanto, embora adote um critério misto para concessão de sua nacionalidade, o Brasil utiliza exclusivamente o critério da incorporação para definição da nacionalidade das pessoas jurídicas estrangeiras.

VIII – Conclusão

O critério da constituição/incorporação continua a ser o critério adotado pela CIJ e os principais órgãos de arbitragem internacional com competência para julgar os conflitos relativos à matéria. No entanto, é possível a uti-

lização do critério do controle quando previsto em tratado ou em situações excepcionais.

Uma dessas situações ocorre quando a adoção do critério majoritário for resultado de fraude no processo de conexão, como nos casos em que a PJ não guarda com o Estado nenhum outro vínculo além da sua constituição formal.

Outra hipótese ocorre quando o direito da pessoa efetivamente atingida fica desprovido de proteção jurisdicional em virtude da aplicação do critério da constituição e do princípio da distinção da nacionalidade da PJ, impedindo que o Estado de nacionalidade dos sócios possa representá-los junto às instâncias internacionais.

A falta de uma qualificação comum que defina o controle acionário é outra área em que podem surgir atritos e dificultar a aplicação do critério do controle. No entanto, o privilégio dos aspectos reais sobre os formais, isto é, a consideração de quem detém o efetivo controle econômico da PJ e o poder de interferência na direção da mesma, adequa a aplicação do critério aos princípios do direito.

Embora a competência dos *órgãos arbitrais* seja convencional, a imperatividade de suas normas vem se estendendo a toda a sociedade internacional por meio do reconhecimento indireto que caracteriza as fontes extraconvencionais.

Por meio da homologação das decisões proferidas com base no critério do controle, os Estados garantem eficácia a esse critério, ainda que outro critério seja formalmente adotado na definição da nacionalidade da PJ.

A análise dos conflitos, considerados além de sua constituição formal e à luz dos princípios de direito, permite que a definição da nacionalidade da PJ seja estabelecida de modo a constituir uma garantia efetiva do direito do sujeito realmente atingido.

Podemos concluir, portanto, que a nacionalidade da PJ continua a ser definida majoritariamente pela adoção do critério da incorporação. No entanto, esse critério não é mais exclusivo, podendo ser afastado quando ficar evidente sua utilização de forma fraudulenta ou que atente contra os princípios de direito; quando a adoção do critério de constituição produzir efeito contrário à proteção de direitos legalmente constituídos.

IX – Notas

¹ Doutoranda do PPGSD da UFF. Mestre em Direito do Estado pela PUC-Rio. Professora de Direito Internacional Privado da Universidade Candido Mendes – Centro.

² Dolinger, 1997, p. 421.

A Convenção sobre Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras, de 1956, já indicava a necessidade de a pessoa jurídica estrangeira satisfazer os critérios legais do sistema jurídico em que se constituiu para ser reconhecida, como mecanismo para evitar a fraude.

³ Dolinger, *ibid.*, p. 441.

⁴ Castro, 2005, p. 274.

⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 275

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 520.

⁷ *Id.*, *ibid.*, p.436-9.

⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 434.

⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 271.

¹⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 273.

¹¹ Strenger, 2003, p.519.

¹² *Id.*, *ibid.*, p. 277.

¹³ A Convenção da Haia, de 1956; o Tratado de Roma da Comunidade Econômica Europeia, de 1957; e a Convenção do Conselho da Europa, de 1966. Importantes como referências, embora não tenham entrado em vigor.

¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 525.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*

¹⁶ Dolinger, *op. cit.*, p. 438

¹⁷ Strenger, *op. cit.*, p. 528.

¹⁸ Consenso de Washington.

¹⁹ Caso Nottebohm. Durante a Segunda.

Guerra, o alemão foi considerado inimigo pelo governo da Guatemala, que confiscou seus bens, entre eles a empresa de nacionalidade guatemalteca.

²⁰ Castro, *op. cit.*, p. 275.

²¹ Dolinger. *op. cit.*, p. 438.

²² Diniz, 2003, p. 55.

²³ Strenger, *op. cit.*, p. 528.

²⁴ Dolinger, *op. cit.*, p. 436.

²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 437.

²⁶ Strenger, *op. cit.*, p. 529.

²⁷ Apud Strenger, *ibid.*, p. 526.

²⁸ Strenger, *ibid.*, p. 526.

²⁹ Dolinger, *op. cit.*, p. 421 e 445; Strenger, *op. cit.*, p. 526.

³⁰ Strenger, *ibid.*, p. 527.

³¹ *Id.*, *ibid.*

³² Dolinger, *op. cit.*, p. 445-6.

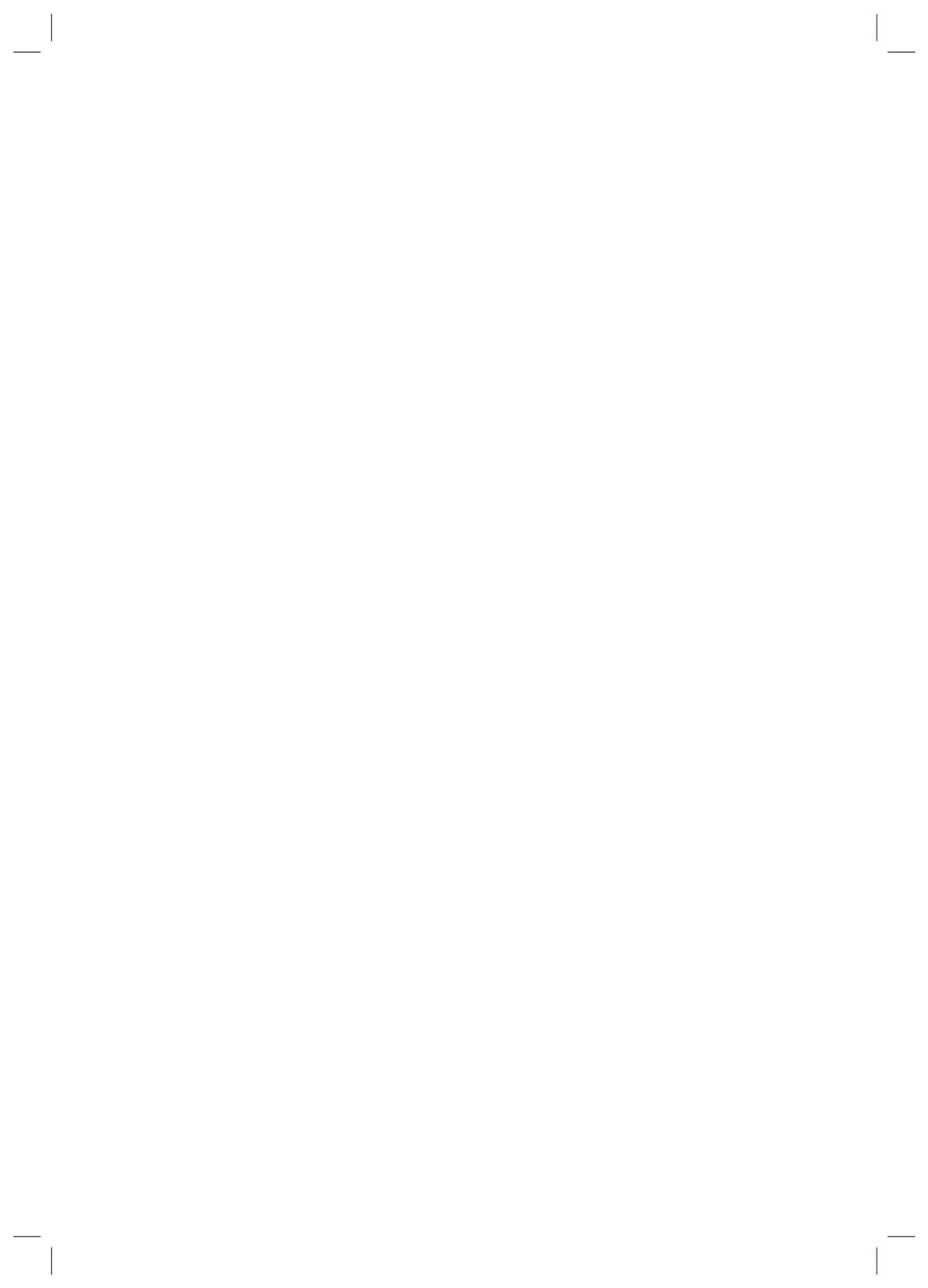
³³ Esta Convenção é resultado direto da decisão da CIJ que, no julgamento do caso Barcelona Traction, considerou a nacionalidade da pessoa jurídica a partir do critério da incorporação, consagrando esse em detrimento dos interesses dos investidores e do critério econômico do controle acionário; e da consideração do critério adotado em tratado entre a Itália e EUA no caso ELSI.

³⁴ Dolinger, *ibid.*, p. 446-7. Elina Mere-minskaya, Nacionalidad de las personas jurídicas en derecho internacional.

³⁵ Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

X – Referências Bibliográficas

- CASTRO, Amílcar. Direito internacional privado. 6ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 550 p.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 9ª ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.402 p.
- DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (parte geral). 5ª ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 480 p.
- MEREMINSKAYA, Elina. Nacionalidad de las personas jurídicas em el Derecho Internacional. Revista de Derecho, v. XVIII, n. 1, jul. 2005, p. 145-70. (Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100006&lng=en&nr=iso&tlng=en. Acesso em: 28 de setembro de 2009.)
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009. 923 p.
- STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado (parte geral). São Paulo: Ed.LTr., 2003.1.077 p.



O FILÓSOFO ARTISTA

Flavia Bruno¹

Ao longo da história da filosofia é possível distinguir com clareza duas imagens do pensamento. A primeira seria a imagem que Platão propõe, qual seja, a imagem de que a filosofia deve ser uma busca pelo ser, pelo verdadeiro, pela estabilidade, pela permanência. A luta contra os devires, contra o falso, contra a contradição deve ser um trabalho incansável para os amantes do saber. Nessa tarefa, os legítimos pretendentes devem saber distinguir na cidade quais práticas contribuem ou não para esse exercício ascético. É assim que Platão investirá seu combate aos sofistas (os *filodoxoi*, amantes da opinião) e aos artistas. Os *poikiloi logoi* ou discursos multicores, as palavras cintilantes, são os grandes males da República. Entretanto, não são apenas os sofistas ou os notáveis oradores que produzem o engano e o engodo, mas também o artista. Se, de acordo com Platão, o que pertence ao sensível, ao mundo das aparências, possui um status de realidade degradado e corrompido, dado que é múltiplo e mutável, com mais razão ainda será degradado e corrompido o que for uma cópia dessa aparência. O artista produz a imitação da imitação, logo seu ofício é o de ser um produtor de simulacros, portanto alguém cuja prática não se compõe com a busca da verdade, mas, ao contrário, está muito afastado dela, e por isso não se deseja sua presença na cidade.

A pintura, na compreensão platônica, mostra-nos não uma aparência ilusória, mas pior ainda, uma ilusória aparência (Lichtenstein, 1994, p.

51), pois por detrás da imagem pintada num quadro, por exemplo, não há nada. Para o filósofo grego, toda aparência deve ser domesticada, disciplinada, mas como domesticar a ilusão? Daí Platão dizer que a pintura está a três graus de distância da natureza, sendo o pintor “imitador daquilo que os outros são obreiros” (Platão, 2000, 597 a,b,c).

O pintor é um artífice do engano, ele não possui nem conhecimento nem opinião certa em relação ao que imita, o que revela a total inutilidade da pintura. Em busca da boa imitação, Platão despreza a pintura, condenada, não só por ser uma dupla mímese, mas também pelos efeitos ilusórios de suas imagens.

Completamente outra será a imagem que Nietzsche e Deleuze têm da pintura. Por não compreenderem a filosofia como a busca da verdade, apresentam um caminho original de se conceber a relação entre a arte e a filosofia. Para eles a arte não está numa dimensão espiritual distinta da filosofia, inferior a ela, impotente diante de elevadas ambições, mas antes fará com ela uma composição, uma aliança. O sentido dessa aliança não será mais a busca da verdade mais elevada. O filósofo não fará mais a prece parmenídea: “Dá-me uma única certeza, ó deuses!” (Nietzsche, 1995, p. 70). Para Nietzsche, em vez de precisarmos de uma prancha larga o suficiente para nos salvar das tormentas do mar incerto da natureza, resguardando-nos numa única e pobre certeza vazia, precisamos ter a coragem de mergulhar na abundância, na florescência, na agitação constante, nas inúmeras metamorfoses do devir.

É assim que Nietzsche pode ser definido como um pensador artista. Para ele, a arte não está num patamar inferior à filosofia podendo mesmo ser distinta dela, mas, ao contrário, forma com a filosofia uma única imagem. A aproximação da filosofia com a arte será determinante na formação de uma nova imagem do pensamento, em que a grande ambição não é chegar a uma verdade absoluta, mas à pura criação.

Além disso, o filósofo artista tira o pensamento do dever de permanecer inerte à sua condição de pensamento humano, de pensamento finito, e dá ao pensamento outra condição, qual seja, a condição de transbordar os limites do intelecto e se debruçar sobre a infinita prodigalidade da vida. Essa tarefa é, ao mesmo tempo, um risco e uma libertação.

O que se chama filosofia da diferença é um combate sem trégua à vontade de verdade, a toda e qualquer imagem dogmática do pensamento. Nietzsche (e a sua filosofia a golpes de martelo) se esforçará para mostrar

que a verdade é apenas um valor, um ideal que se pretende superior à vida, apenas uma ilusão que a nega ou a mutila.

Nietzsche diz que a tradição pretendeu que o pensamento ama a verdade, quer a verdade. No entanto, para o filósofo alemão, quem quer a verdade supõe que o mundo seja verídico e, portanto, opõe a este mundo um outro mundo: o mundo verídico. Nessa forma de pensar, acusa-se e julga-se a vida, denuncia-se a aparência. Todavia, aquele que quer um outro mundo, uma outra vida, quer algo de mais profundo: a vida contra a vida (Id., 1998, III, p. 13). Em outras palavras, o homem verídico nada mais é do que uma figura do niilismo. Nietzsche pretende uma reversão: ao invés de um pensamento que se opõe à vida, um pensamento que a afirma. É preciso um grande esforço para restituir o mundo à sua inocência, porque as forças reativas que negam e mutilam a vida estão por toda parte e só há um caminho para ultrapassarmos as forças reativas: a arte. A vontade artística é a única capaz de rivalizar com o ideal ascético (Deleuze, s/d, p. 155).

Por conseguinte, sua concepção da arte será totalmente estranha a uma concepção reativa, a um ideal de verdade. Diz ele na *Vontade de potência*: “a arte nos foi dada para nos impedir de morrer da verdade” (Nietzsche, 1947, I, II, p. 453). O mundo para ele não é verdadeiro, mas vivo – e vivo quer dizer vontade de potência, multiplicidade. Ele nos propõe uma estética da criação, segundo a qual a aparência não significa a negação do real, mas sim sua afirmação. A arte é um estimulante da vontade de potência, isto é, afirmação da vida. Pensar é descobrir, inventar novas possibilidades de vida. Há uma afinidade entre o pensamento e a vida em que a vida faz do pensamento algo de ativo e o pensamento faz da vida algo de afirmativo (Deleuze, s/d, p. 153). Tal é, precisamente, para Nietzsche, a essência da arte. O artista é aquele que não se deixa aprisionar por nenhuma imagem ou verdade. Lembremos de Magritte,² que pintou um cachimbo e escreveu abaixo: “isso não é um cachimbo”, o que mostra a ridicularização do caráter atributivo do pensamento que pretende dizer o que é, enunciar a verdade das coisas.

Quem deseja o mundo verídico realiza o ideal ascético que representa o triunfo das forças reativas e a vitória do niilismo. O filósofo artista será aquele que rivalizará com o filósofo moralista, com aquele que estabelece contra este mundo que nada vale um mundo superior, mais elevado. Daí Heidegger definir a arte como “o contramovimento insigne contra o niilismo” (Heidegger, 2007, I, p. 68), pois quem afirma a vontade de potência não carrega a vida com o peso dos valores superiores, mas cria novos valores que tornam a vida leve e ativa. Lembremos que a imagem de Zarathustra

dançarino contrasta com a do camelo que carrega nas costas o peso das verdades da civilização.

Só existe criação propriamente dita na medida em que, longe de separar a vida daquilo que ela pode, servimo-nos do excedente para criar novas formas. A importância que Nietzsche dá à arte consiste no fato de que a arte realiza o sentido da vontade de potência. No ser artista, deparamo-nos com o modo mais transparente da vontade de potência (Id., *ibid.*, I, p. 64). Diz Heidegger:

a arte é, em seu sentido mais rigoroso, aquela atividade na qual o criar vem à tona para si mesmo e se torna o mais transparente possível. Não apenas uma configuração da vontade de poder entre outras, mas a configuração mais elevada (Id., *ibid.*, I, p. 67) .

A filosofia da vontade possui dois princípios que constituem a alegre mensagem: querer é criar, a vontade é igual à alegria. Criação e alegria, eis o essencial do ensinamento de Zaratustra (Deleuze, *s/d*, p. 127-8).

Para Nietzsche, a arte é a “autêntica atividade metafísica do homem” (Nietzsche, 1992, p. 26). Só com o olho da arte (e essencialmente da arte trágica) o pensador pode penetrar no coração do mundo, ver a verdadeira natureza da realidade. O sentimento do trágico não é nem um pessimismo nem uma valentia heroica, mas uma afirmação da vida. Um sentimento jubiloso inclusive com a morte, a ruína, o terrível (Fink, 1994, p. 20-1). A arte trágica não se funda numa relação do negativo, mas na relação essencial da alegria e do múltiplo. Diz Nietzsche: “a arte é mais poderosa do que o conhecimento, pois é ela que quer a vida, e ele alcança apenas, como última meta, o aniquilamento” (Nietzsche, 1996, p. 33).

A tragédia é a franca alegria e só há medo e piedade no espectador obtuso (Deleuze, *s/d*, p. 29). Todas as figuras finitas são ondas momentâneas da grande maré da vida. A aniquilação do indivíduo é sua volta ao fundo da vida. O *pathos* trágico se alimenta do “tudo é um” heraclítico (Fink, 1994, p. 22). Heráclito é o pensador trágico, pois para ele a vida é inocente e justa. Ele faz do devir uma afirmação e não há um ser para além do devir. Nem o múltiplo nem o devir constituem aparências ou ilusões. O uno é múltiplo e não há nada negativo no devir. O ser finito, destinado à aniquilação, funda-se no fundo infinito que continuamente faz surgir de si novas figuras. Uma lógica da afirmação múltipla, uma ética da alegria é o sonho antidialético de Nietzsche (Fink, 1994, p. 22).

Se em toda a história da metafísica a multiplicidade foi constrangida pela unicidade do ser, a mudança e o devir foram constrangidos em nome da estabilidade e da permanência, em Nietzsche essa equação se inverte. Ele propõe uma outra imagem do pensamento em que o ser e o não ser não são os elementos fundamentais. O sentido de sua filosofia é a pura afirmação do múltiplo, do devir, do acaso, a afirmação elevada à mais alta potência: o eterno retorno.

Quatro novos conceitos são utilizados no lugar de conceitos pertencentes à tradição da ontologia: com a ideia de valor não se trabalha mais com a ideia de ser; com a ideia de vontade de potência não se trabalha mais com a ideia de uno; com a ideia de eterno retorno não se trabalha mais com a ideia de identidade; e com a ideia de tragédia não se trabalha mais com a ideia de negação.

Na tradição metafísica, separa-se essência e aparência e, ao se separar, evita-se o engano. Ultrapassa-se a aparência para conhecer a essência. Nietzsche vai dizer que as aparências do mundo não são aparências que encobrem o ser. Daí que Nietzsche, no lugar do conhecimento, vai pôr a interpretação, isto é, a prática que nos faz ver que força sustenta a imagem. Interpretar não é ver por detrás de um signo um outro signo escondido, nem mesmo reivindicar para si uma verdade, mas sim compreender o conjunto de forças que faz com que determinado sentido apareça:

Nunca uma coisa tem um só sentido. Cada coisa tem vários sentidos que exprimem as forças e o devir das forças que agem nela. E mais: não há “coisa”, mas somente interpretações, e a pluralidade de sentidos. Interpretações que se ocultam em outras, como máscaras encaixadas (Deleuze, 2006, p. 156).

Por detrás das máscaras, não há um sentido primeiro, não há um *sub-stare*, como pretendia Aristóteles. Por detrás, não há nada senão a vontade de potência, potência de interpretar e avaliar, potência de metamorfosear – em uma só palavra, potência artista.

Com Nietzsche, não haverá o ser como uma forma, como algo que permanece, mas sim como um jogo de forças, um jogo de potências. Daí o personagem conceitual da criança, daí a inocência. “A inocência é a verdade do múltiplo” (Id., s/d, p. 37). O pensamento inocente é aquele não faz juízos atributivos no mundo, aquele que não aprisiona a potência de um corpo, que reduz e empobrece a multiplicidade, mas, ao contrário, afirma-a. É como diz Mário de Andrade: “eu sou 300, sou 350”.³

Deleuze, interpretando Nietzsche, traz-nos o conceito de potência do falso. A arte, assim como a filosofia, deve liberar o falso, dar potência a ele. Dar potência ao falso significa que não se pode mais se decidir pelo verdadeiro. O falso não é um erro, uma confusão ou uma depreciação, mas uma “potência que torna o verdadeiro indecível” (Id., 1992, p. 85). A potência do falso é a afirmação do devir, da multiplicidade e da diferença, que põe em questão todo modelo formal da verdade.

A Deleuze interessa fundamentalmente a criação – a filosofia criadora, produtora de novas formas, novos caminhos, novas possibilidades. A atividade artística é exatamente a que nos permite sair dos limites modelares, eis a reversão do platonismo compartilhada por Nietzsche e Deleuze como a tarefa da filosofia do futuro (Id., 1974, p. 259).

Na *Lógica do sentido*, Deleuze nos mostra que a filosofia platônica, ao pretender fazer a terapia da cidade, precisava selecionar as linhagens legítimas, distinguir o puro do impuro, o autêntico do inautêntico, bem como nos mostra que todo o sentido da dialética platônica é estabelecer essa rivalidade (*amphisbetesis*), distinguindo, em última análise, o verdadeiro do falso (Id., *ibid.*, p. 260). O critério para a distinção é a participação ou não do pretendente em relação ao modelo. As boas pretensões são as que guardam uma semelhança suficiente em relação ao modelo e, de modo contrário, as más pretensões são as que menos fidelidade expressam em relação à essência ou ideia.

Poderia parecer, ao leitor mais desavisado, que o grande perigo da cidade estaria nas pretensões mal fundamentadas, nas cópias degradantes, mas a filosofia platônica não esconde que o maior dos perigos se esconde não numa degradação, mas antes numa autonomia: o simulacro. O simulacro é o que não participa de coisa alguma, que escapa tanto da ideia quanto da cópia, não se deixando aprisionar por elas. O simulacro é o dessemelhante por definição, é a potência de afirmação da diferença que diz que cada coisa, cada expressão do mundo é absolutamente singular, não guardando qualquer similitude ou identidade com qualquer outra.

Ou seja, o simulacro não é uma má imitação, não é a imperfeição da cópia. Ele é um duplo, uma singularidade, uma autonomização em relação a qualquer modelo. O simulacro não é desvio de identidade, mas sim desvio de desvio – a própria expressão da diferença. Borges escreveu um livro, *Pierre Menard, autor de Quixote*, em que Pierre Menard copia o que escreveu Cervantes “sem incorrer numa tautologia” (Borges, 1999, I, p. 494). Entretanto, Menard não queria ser um copista de *Dom Quixote*, pois se trata de dizer o que ele disse não o reproduzindo, mas fazendo dele um

outro, autonomizando-o, extraindo uma outra virtualidade que, no entanto, já estava ali presente.

Toda a tarefa da filosofia platônica sempre será de recalcar os simulacros, de mantê-los no fundo, de impedi-los de se insinuar (Deleuze, 1974, p. 262), posto que ele é uma subversão, uma diferença que não se reduz a nenhuma similitude. Por outro lado, toda a tarefa da filosofia futura será a de reverter o platonismo, isto é, “fazer subir os simulacros, afirmar os seus direitos entre os ícones e as cópias [...]. Trata-se de introduzir a subversão neste mundo, crepúsculo dos ídolos. O simulacro [...] encerra uma potência positiva que nega tanto o original como a cópia, tanto o modelo como a reprodução” Id., *ibid.*, p. 267).

Na filosofia do futuro, nenhum modelo resistirá à vertigem do simulacro. Quando isso acontece, é o triunfo do falso pretendente. Aqui não se trata de falso em oposição a um modelo verdadeiro ou falso como uma aparência ilusória, mas sim do falso como potência (Id., *ibid.*, p. 268). Saímos da distinção modelo-cópia, dos rigores hierárquicos, e chegamos a uma nova imagem do pensamento, segundo a qual os fundamentos são engolidos pelo desabamento que vai levando tudo, todos os ícones, todos os universais, toda pretensão verídica. São as máscaras de Dioniso que não possuem um rosto por detrás que as sustente; é o eterno retorno que reverte os ícones e subverte as representações. Para Deleuze, há uma ligação entre o simulacro e o eterno retorno: “o segredo do eterno retorno é que não exprime de forma nenhuma uma ordem que se opõe ao caos e que o submete. Ao contrário, ele não é nada além do que o caos, potência de afirmar o caos” (Id., *ibid.*, p. 269).

O conceito de potência do falso é decisivo para a filosofia que pretende estabelecer com a arte uma composição definitiva. E é no mundo da arte que podemos ver a emergência dessa ideia, seja na literatura, no cinema ou na pintura.

Há no escritor argentino Jorge Luis Borges o que se pode chamar de uma literatura da indecidibilidade, como aparece em *O jardim dos caminhos que se bifurcam*. Nesse conto, Borges fala de um romance de Ts’ui Pen, no qual se realizam simultaneamente todas as alternativas com as quais é possível se defrontar, criando assim diversos futuros, diversos tempos, que se proliferam e se bifurcam. Diz Borges:

O jardim das veredas que se bifurcam é uma imagem incompleta, mas não falsa, do universo tal como concebia Ts’ui Pen... [Ele] acreditava

em infinitas séries de tempos, numa rede crescente e vertiginosa de tempos divergentes, convergentes e paralelos. Essa trama de tempos que se aproximam, se bifurcam, se cortam ou que secularmente se ignoram, abrange todas as possibilidades (Borges, 1999, p. 532-3).

Nesse conto, Borges nos ensina que o tempo abrange todas as possibilidades, não havendo uma que se superponha a qualquer outra, porque no tempo puro não há distinção entre a percepção de fatos reais e a imaginação de fatos possíveis. Ou seja, no tempo puro, o que existe são virtualidades, o que nos leva a imaginar infinitas séries do tempo. Diz Borges:

Ts'ui Pen diferentemente de Newton e de Schopenhauer [...] não acreditava num tempo uniforme, absoluto. Não existimos na maioria desses tempos; nalguns existe o senhor e não eu; noutros, eu, não o senhor; noutros, os dois. Neste, que um acaso favorável me surpreende, o senhor chegou à minha casa; noutro, o senhor ao atravessar o jardim encontrou-me morto; noutro, digo essas mesmas palavras, mas sou um erro, um fantasma. [...] O tempo se bifurca perpetuamente para inumeráveis futuros (Id., *ibid.*, p. 532-3).

A beleza do conto fantástico está nessa indecidibilidade pelo verdadeiro. Borges não faz uma literatura em que mundos possíveis estão separados do mundo real ou são antipáticos a ele. Qualquer imagem que possamos ver à nossa volta, qualquer coisa, qualquer mundo, são apenas possibilidades do infinito. Por isso não perguntamos mais se é real ou possível. Esse é um pseudoproblema. É que Borges compreende que a vida não é só o atual, mas antes de tudo virtualidade. Com isso, ele chega mesmo a despertar naquele que o lê o sentimento do indiscernível.

Ao buscar uma sucessão coerente do tempo, eu me detenho no regime que Deleuze chama de orgânico, o qual opera por encadeamentos racionais e tem como modelo o verdadeiro. Todavia, quando não há como eu me decidir pelo verdadeiro, eu chego ao regime cristalino que substitui o modelo da verdade pela potência do devir (Deleuze, 1992, p. 86), pela potência do falso. No regime cristalino, liberam-se outras possibilidades de vida, multiplicam-se os caminhos.

Na transposição para o cinema (Id., 2005, p. 155 e seguintes), também é possível distinguir o cinema orgânico do cristalino. Na descrição orgâni-

ca, reconhece-se o real por sua continuidade, pela sucessão do tempo, pelas permanências. Nela, identificam-se as relações causais que obedecem a um encadeamento lógico, dominado por regras intelectuais e, se por acaso o imaginário se faz presente, como um sonho, um delírio ou uma lembrança, sempre será possível estabelecer uma relação de oposição entre real e imaginário. Ou seja, no cinema narrativo, o espectador, constituído por seus hábitos mentais orgânicos, exige sempre a sucessão temporal, a distinção do verdadeiro e do falso para que confortavelmente reconheça o uso das faculdades comuns. Parodiando Nietzsche, poderíamos dizer que se trata de uma experiência cinematográfica humana, demasiadamente humana.

Já no regime cristalino, os encadeamentos não são lógicos, mas também não são ilógicos – são antes alógicos, isto é, estão fora dos regimes intelectuais do homem médio, ultrapassam o uso comum das faculdades. Nesse modelo de cinema, não há continuidade nem sucessão temporal. Nele, “o real e o imaginário, o atual e o virtual correm um atrás do outro, trocam de papel e se tornam indiscerníveis” (Id., *ibid.*, p. 156). Aqui toda a visão clássica cederá lugar à vertigem do pensamento mais potente, um pensamento que está além dos limites do homem.

A partir desses dois regimes, podemos distinguir duas formas de narração: a narração orgânica e a narração cristalina. Na primeira, os personagens agem e reagem visando a tornar verídico o desenvolvimento da trama; na segunda, ocorre um desmoronamento do esquema sensorio-motor e os personagens já não podem agir e reagir. Por conseguinte, não é possível mais narrar uma história que se pretende verídica. O tempo cronológico dá lugar ao tempo crônico, que produz movimentos “anormais”, essencialmente “falsos” (Id., *ibid.*, p. 159). A força pura do tempo põe em crise todo o modelo formal da verdade.

Aqui não se trata de dizer que emerge a relatividade, uma variação de pontos de vista, em que cada um afirma “sua verdade”. A potência do falso destrona a forma do verdadeiro, inclusive suas pretensões relativas. O homem verídico morre (Id., *ibid.*, p. 159). É novamente Nietzsche o filósofo exaltado: os ideais metafísicos da verdade devem ceder lugar à vontade de potência, ou seja, à potência criadora, artística. O mundo verídico não existe mais e, mesmo que existisse, não poderia ser evocado e, mesmo que fosse evocado, seria uma inutilidade (Id., *ibid.*, p. 168).

É o caso de Louis Buñuel, por exemplo. Em *Esse obscuro objeto de desejo*, o espectador não sabe discernir se aqueles acontecimentos estão se dando no real, no sonho, na imaginação ou na memória. A personagem Conchita

tem duas personalidades e se desdobra em duas personagens, em duas atrizes, o que reverte a relação clássica entre o ator e a personagem. (Ulpiano, 1995)¹⁴ Conchita não é falsa porque mente, mas sim é falsa na forma, porque uma hora é uma atriz e em outra hora é outra atriz. “A forma da personagem é a forma da falsidade”, (Id., Ibid) de modo que não podemos falar de uma Conchita verdadeira e uma Conchita falsa. Os recursos da lógica bivalente não podem ser mais aplicados a essa experimentação cinematográfica.

Quando Buñuel coloca a relação do Mateo com as personagens dúbias, ele altera a narrativa, no sentido de que aquelas duas personagens já não podem pertencer a uma linearidade histórica já que cada uma tem uma atriz e cada uma representa uma coisa. Aí, vão se formando brechas, formando linhas e séries que escapam à sequência clássica do cinema histórico, do cinema realista! (Id., *ibid*)¹⁵

A potência do falso rompe com as regras da linha histórica, com a narrativa linear que é compromissada com a verdade. No filme de Buñuel, não há qualquer compromisso com a veracidade ou com explicações racionais. Suas experimentações tornam-se livres e se autonomizam de qualquer modelo.

Com frequência esse modelo de cinema causa um grande mal estar ao homem verídico. Ele se atrapalha com os paradoxos, ele não se conforma com o abandono do rigor lógico da não contradição. O homem verídico tem horror ao paradoxo, à experimentação, à diferença. Ele quer se agarrar à sua prancha de salvação e assim constrói a ontologia (Nietzsche, 1995, p. 70). O cinema cristalino é como uma grande onda que ameaça o mar calmo das ilusões ontológicas.

Por isso que o filósofo artista é antes de tudo um homem vertiginoso, um homem que aceita o desafio de pensar, mas sabe que o pensamento é um risco exatamente porque pressupõe um afastamento de uma própria condição humana, de sua própria humanidade com todos os seus hábitos, organizações e certezas. Daí o super-homem de Nietzsche, o homem do porvir. Entretanto, esse abandono não é uma desolação ou uma experiência curiosa, mas a possibilidade do homem de encontrar-se com a sua liberdade.

O pensamento cristalino, de inspiração nietzschiana, não vai em busca nem do mundo verídico nem do homem verídico. Ele é ao mesmo tem-

po um combate ao niilismo e uma afirmação do devir, da multiplicidade. Somente a inspiração artista pode nos libertar das aparências, do erro, não nos encaminhando para o modelo ideal, mas desconstruindo a própria ideia de modelo. O falso não é um perigo, mas uma potência. O falso não nos leva ao engano ou à dissimulação, mas à criação. Essa é a chance de afirmar a vida. Essa é a tarefa da filosofia vitalista.

A transmutação de valores que Zaratustra anuncia não é uma mudança de valores, mas a apreciação ao invés da depreciação, a afirmação como vontade de poder, a vontade como vontade afirmativa. A vontade de poder de que nos fala Nietzsche não é a vontade de conquistar, ter dinheiro ou poder, mas o desejo profundo de uma intensidade máxima de vida, em que se deve saber separar as formas de vida frustradas, medíocres, reativas e enfraquecidas das formas de vida intensas, grandiosas, corajosas e ricas em diversidade.

A pintura também pode nos afastar das representações e das capturas reativas e nos jogar na diferença. É o caso de Francis Bacon, por exemplo. A técnica de Bacon não consiste numa representação de objetos, coisas ou personagens. Em seus quadros, está conjurado todo o caráter figurativo ou ilustrativo: em vez de representar um modelo, ele nos apresenta figuras desfiguradas, deformadas, retorcidas. E é por isso que, ao pintar olhos, nariz e boca, os contornos da tinta aparentemente não têm nada a ver com olhos, nariz e boca, mas fazem surgir uma semelhança com quem ele quer pintar e, apesar de serem não ilustrativos, são profundamente reais no que toca à figura. A imagem que ele busca não é a que a inteligência reconhece e identifica com os personagens que inspiraram a pintura, mas é uma tentativa de atingir o sistema nervoso de uma maneira mais violenta e penetrante (Sylvester, 1995, p. 12). É somente assim que o pintor recupera a força da realidade que procura apreender (Id., *ibid.*, p. 172).

Em Bacon, também o caráter narrativo está conjurado de sua obra. Ele diz que, no momento em que há várias figuras em uma tela, as pessoas começam a elaborar uma história e essa se sobrepõe à pintura, torna-se maior do que ela. É precisamente no momento em que se constrói um enredo que o tédio se instala (Id., *ibid.*, p. 22). O próprio Bacon cita as palavras de Valéry: gostaria de proporcionar emoções sem o tédio da comunicação (Id., *ibid.*, p. 65). Daí a presença das molduras dentro das obras: o objetivo é isolar a figura e impedi-la, assim, de participar da construção de qualquer enredo. O isolamento é o modo mais simples de romper com a representação, com a narração, negar a ilustração, liberar a figura.

Talvez por isso ele dê ao acaso grande importância. Diz ele: “no meu caso, toda a pintura – e quanto mais velho fico, mais isso é verdade – é fruto do acaso” (Id., *ibid.*, p. 16). O que ele chama de acaso é uma autonomia que a pintura ganha, autonomia essa que faz com que a pintura não seja executada tal como tinha sido prevista. Não é uma pintura intencional, consciente, mas uma pintura que vive por conta própria e, exatamente por isso, transmite a essência da imagem com mais profundidade do que o pintor desejava a princípio (Id., *ibid.*, p. 17), deixando transparecer um real insuspeitável.

Na pintura de Bacon, vemos a força se sobrepôr à forma. Seus corpos não são imagens estáticas da realidade, mas seres em movimento. Todo corpo é percorrido por um movimento intenso. Aliás, o que interessa a Bacon não é exatamente o movimento. Trata-se antes de um espasmo, da ação de forças invisíveis sobre o corpo e daí as suas deformações. Antes de ser uma captura de corpos, os corpos que fazem um esforço para escapar à pintura. Por isso, para Bacon, a sombra tem tanta presença quanto o corpo, porque ela é o corpo que escapou (Deleuze, 2007, p. 24). Na arte, não se trata de reproduzir formas, mas antes de captar forças, de tentar tornar visíveis forças que não são visíveis (Id., *ibid.*, p. 62). Como nos ensina Bergson, “a arte existe então para mostrar que é possível uma extensão das faculdades de perceber” (Bergson, 1972, p. 894).

Deleuze nos conta que alguns críticos condenavam Millet por pintar camponeses que carregavam o ofertório como se estivessem carregando um saco de batatas, ao que ele respondia que o peso comum aos dois objetos era mais profundo do que sua distinção figurativa. “Ele se esforçava para pintar a força do peso e não o ofertório ou o saco de batatas” (Deleuze, 2007, p. 63).

Nessa tentativa de captar forças não visíveis, paradoxalmente, Bacon se utiliza de fotografias e não de modelos vivos. É porque o modelo vivo impregna o atelier de atualidade, impedindo ou constringendo o aparecimento de outros traços ou de outras forças. Em outras palavras, o modelo é um inibidor da pintura, na medida em que é o que é, enquanto a pintura busca ir além do que está dado ou atualizado. Nesse sentido, as distorções não são falseações do modelo, mas antes um modo de tornar as imagens mais reais (Sylvester, 1995, p. 43). Bacon diz que, das pinturas que fez de Michel Leiris, a que menos literalmente se parece com ele é a que se parece com ele de uma forma mais dramática (Id., *ibid.*, p. 146).

O ultrapassamento da ilustração, do modelo vivo, da presença atualizada, ou antes do organismo, em busca de forças não visíveis, leva-nos ao que Artaud nomeou como corpo sem órgãos. Ao falar em corpo sem órgãos, o que se pretende é exatamente distinguir corpo e organismo; afirmar que o corpo não se reduz ao organismo. Como nos ensina Deleuze, “o corpo vivido é ainda pouco em relação a uma potência mais profunda e quase insuportável” (Deleuze, 2007, p. 51). Ou seja, o corpo atualizado, o corpo orgânico, aprisiona outras forças e outras potências, que são exatamente o que Bacon quer buscar em sua pintura. Ele quer libertar essa potência de vida aprisionada pelo organismo. Daí Bacon desfazer o organismo em proveito do corpo, em proveito da vida.

Deleuze chama esse corpo de corpo histórico, numa clara alusão à histérica freudiana, nos ensinou que a vida, em sua potência expressiva, perverte o orgânica. A boca, por exemplo, não possui somente uma função orgânica, a de satisfação da fome, mas é também fonte de prazer. Diz Freud: “a histérica se comporta como se a anatomia não existisse, ou como se não tivesse conhecimento desta” (Freud, 1969, I, p. 188). Ela poderia andar, mas está parálitica; ela poderia falar, mas está afônica. Uma vida além do organismo, eis o ensinamento histórico.

O corpo histórico ou o corpo sem órgãos se define não pela ausência de órgãos ou pela existência de um órgão indeterminado, mas pela presença temporária e provisória de determinados órgãos (Deleuze, 2007, p. 54). O que antes é boca, a partir da ação de outras forças se torna ânus. Portanto, o corpo retratado por Bacon é um corpo indomável, um corpo que expressa o seu excesso, a sua vida transbordante.

O pensamento trágico é o que nos ensina que não há mais o que imitar, não há mais modelos a seguir, não há mais verdades a se curvar ou pelas quais até morrer. A arte trágica nos leva à autonomia do pensamento, à liberdade, que é a grande conquista filosófica. Lembremos as palavras de Proust:

só pela arte podemos sair de nós mesmos, saber o que vê outrem de seu universo que não é o nosso. Graças à arte, em vez de contemplar um só mundo, o nosso, vemo-lo multiplicar-se, e dispomos de tantos mundos quantos artistas originais existem, mais diversos entre si do que os que rolam no infinito [...] (In: id., 1987, p. 142)

A arte é uma maneira de deixarmos nossa própria imagem e mesmo as imagens que nos circundam para, de algum modo, aproximarmo-nos do

infinito. O artista atualiza na sua obra mundos possíveis, formas possíveis, combinações possíveis e assim libera a vida para além dos limites restritos da razão ou da percepção. Ver e fazer-nos ver o que habitualmente não percebemos é o papel do artista. Ver e fazer-nos ver singularidades. Essa compreensão da arte leva Bergson em *A percepção da mudança*, a perguntar: “a que serviria a arte senão a nos fazer descobrir na natureza e no espírito, fora de nós e em nós, uma multidão de coisas que não despertavam explicitamente a nossa consciência?” (Bergson, 1972, p. 893).

Pela arte, podemos penetrar em uma vida desconhecida, ver nascer em si imagens de terras distantes, ideias e impressões antes insuspeitáveis. A arte nos permite uma migração metafísica de um mundo para outro, uma ponte que nos leva além de nossa própria percepção, de nosso próprio olhar, de nossa própria finitude. Outras tonalidades são vistas, outros encantos são percebidos. É o exotismo da diferença que nos leva rumo a uma vida da qual se estaria sempre privado não fosse possível encontrar essa grande saída metafísica. Com ela, abandonamos ou, minimamente, saímos do lugar que ocupamos e experimentamos o que não é visível, audível, perceptível. É uma abertura, um trampolim para o infinito. Eis a verdadeira conquista filosófica.

Isso porque a nossa existência, nossa vida é pouco. Como diz Ferreira Gullar, “a poesia existe porque a vida não basta”.⁶ Sentimos, de alguma forma, que algo mais grandioso nos atravessa, uma potência infinita nos convida, impulsiona-nos para fora de nós mesmos, para além da nossa organicidade, para além dos nossos interesses, para além dos limites das nossas faculdades, para além da nossa atualidade histórica ou biográfica. Para além, ou como diz Foucault, para o fora. O pensamento deve enfrentar o fora, deve em ir busca de forças invisíveis e insuspeitas, porque essas forças invisíveis são a força do pensamento. Alcançar-se-á o pensamento, começar-se-á a pensar quando tais forças se tornarem visíveis, quando for possível ver a natureza com toda a sua prodigalidade, com sua fecundidade sem limites, mas também sem intenção ou consideração, sem comiseração, sem justiça.

Platão (1950, 411d-12b) nos ensina que os gregos denominavam *νόêσις* o pensamento, que equivale a *néou hésis*, desejo de novidade. Pensar é desejar novidades, desejar a criação. Do mesmo modo, o contato com o movimento é chamado pelos gregos de *Sofia*, na pressuposição de que todas as coisas se movem. A sabedoria é, pois, o encontro com o movimento. Por

outro lado, desde Homero, as palavras compostas de *philo* serviam para designar a disposição de alguém que encontra o seu interesse em determinada atividade. O filósofo vitalista ou o filósofo artista é quem ama o contato com a mobilidade, é quem busca e renova esse encontro.

A filosofia de Nietzsche e Deleuze nos encaminha para a criação e a liberdade. A aliança com a arte é fundamental para a compreensão do pensamento vitalista, porque com ela saímos da pretensão da verdade e do ser e alcançamos o triunfo da potência do devir.

Notas

¹ Doutora em Filosofia pela UFRJ. Professora Adjunto da Universidade Candido Mendes – Centro. Professora Adjunto da Faculdade de São Bento do Rio de Janeiro.

² Em carta a Michel Foucault em 22 de maio de 1966, Magritte afirma que “o visível tangível esconde sistematicamente um outro visível”. In: FOUCAULT, Michel. Isto não é um cachimbo, p. 82.

³ ANDRADE, Mário de. Remate de males.

⁴ ULPIANO, Claudio. A forma do falso. Disponível em: <http://www.claudioulpiano.org.br>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

⁵ -----, A forma do falso. Disponível em: <http://www.claudioulpiano.org.br>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

⁶ GULLAR, Ferreira. O Globo. Segundo Caderno, 30 set. 2010, p. 5.

Referências Bibliográficas

BERGSON, Henri. La perception du changement in *Mélanges*. Paris: PUF, 1972.

BORGES, Jorge Luis. Obras completas. São Paulo: Globo, 1999.

DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

-----, Proust e os signos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

-----, Nietzsche. Lisboa: Edições 70, 1990.

-----, Conversações. Rio de Janeiro: 34, 1992.

-----, Imagem-tempo. Cinema II. São Paulo: Brasiliense, 2005.

-----, A ilha deserta e outros textos. Textos e entrevistas (1953-1974). São Paulo: Iluminuras, 2006.

-----, Francis Bacon – a lógica das sensações. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

-----, Nietzsche e a filosofia. Porto: rés, s/d.

FINK, Eugen. La filosofia de Nietzsche. Madrid: Alianza Editoria, 1994.

FREUD, Sigmund. Algumas considerações para o estudo comparativo das paralisias motoras orgânicas e histéricas. Edição standart brasileira das obras completas de Sigmund Freud, v. I. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

FOUCAULT, Michel. Isto não é um cachimbo. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HEIDEGGER, Martin. Nietzsche. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, v. I.

LICHTENSTEIN, Jacqueline. A cor eloquente. São Paulo: Siciliano, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich. La volonté de puissance I e II. Paris: Gallimard, 1947.

-----, O nascimento da tragédia. 2 ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

-----, A filosofia na época trágica dos gregos. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

-----, Cinco prefácios para cinco livros não escritos. Rio de Janeiro: 7Letras, 1996.

-----, Assim falou Zaratustra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

-----, A genealogia da moral. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

PLATÃO. Cratyle. Oeuvres complètes. La pleiade bibliothéque. Paris: Gallimard. 1950.

----- . A República. Belém: EDUFPA, 2000.

SYLVESTER, David. Entrevistas com Francis Bacon – a brutalidade dos fatos. São Paulo: Cosac e Naify, 1995.

ULPIANO, Claudio. A forma do falso. Disponível em: www.claudioulpiano.org.br. Acesso em: 08 de outubro de 2010.



JUDICIAL REVIEW À MODA BRASILEIRA: REFLEXOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA NO CENÁRIO NACIONAL¹

*Flávia Martins de Carvalho*²
Andressa Storck
Antônio Pedro Braga Netto
Bryan Lins
Cláudia Aguiar
*Raissa Torres*³

1. Introdução; 2. O Caso Marbury vs. Madison e o surgimento de um novo paradigma; 3. Nota crítica ao *Judicial Review*; 4. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade; 5. Conclusão; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O modelo decisório que atribui à Suprema Corte norte-americana o papel de órgão garantidor da supremacia constitucional, realizado por meio do *Judicial Review*, surge em 1803 e, evidentemente, não mantém as

mesmas características de sua origem. Entretanto, desde o seu surgimento até os dias atuais, tem se debatido sobre quais os limites da jurisdição constitucional. As discussões se desenvolvem a custo de acalorados debates, com defensores de peso em todas as direções. A possibilidade de o tribunal constitucional, composto por juízes não eleitos, retirar do mundo jurídico algo legitimamente posto por um representante democraticamente constituído é um dos principais pontos de controvérsia. Busca-se um equilíbrio entre o Princípio da Separação dos Poderes e a Supremacia Constitucional. O resultado é a tensão existente entre constitucionalismo e democracia:

A teoria constitucional ao longo da segunda metade do século passado foi consolidando modelos institucionais na tentativa de estabelecer um equilíbrio entre a doutrina da prevalência da norma constitucional e o princípio da separação de poderes. A busca desse equilíbrio numa estrutura de órgãos constitucionais apresenta o seu ponto mais sensível no fato de compatibilizar a vontade do legislador diante da carta constitucional. Na essência desse debate, a teoria constitucional de nossos dias não pode desconhecer o substrato da questão. Pois, trata-se, na verdade, da presença da força representativa democrática tanto na legitimidade do papel do legislador quanto na expressão do Poder Constituinte originário.⁴

O estudo do *Judicial Review* pode contribuir para a compreensão do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, influenciado pela teoria constitucional norte-americana. Nesse sentido, inicialmente, o presente artigo apresenta as origens históricas do instituto, bem como suas características contemporâneas. A seguir, são pontuadas algumas críticas dirigidas a esse modelo decisório. O estudo avança com as principais características do controle de constitucionalidade pátrio. Por fim, sem a pretensão de esgotar o assunto, apresentamos algumas conclusões sobre aquilo que chamamos de “*Judicial Review* à moda brasileira”.

2. O Caso Marbury vs. Madison e o surgimento de um novo paradigma

O *Judicial Review*, termo que nasce originalmente do poder da Suprema Corte norte-americana de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais, consolidou-se significativamente no decorrer das últimas quatro décadas. O ponto de partida da análise aqui realizada é o emblemá-

tico Caso *Marbury vs. Madison*, que deu origem a um novo paradigma, no qual as decisões das Cortes Constitucionais podem desconstituir leis e atos legitimamente postos pelos demais Poderes em razão de sua inconstitucionalidade.

O modelo em referência ganhou notoriedade com a decisão do juiz John Marshall, no caso *William Marbury vs. James Madison*. Na eleição presidencial de 1800, John Adams, após ser derrotado por Thomas Jefferson, nomeia vários juizes, correligionários de seu partido, para cargos relevantes, com o intuito de manter certo controle sobre o Estado. O secretário de justiça de John Adams, no entanto, não consegue entregar todos os diplomas de nomeação, entre os quais o de William Marbury, nomeado para o cargo de Juiz de Paz no condado de Washington, distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu a presidência, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse as razões pelas quais não lhe entregava o título que lhe possibilitaria a posse. O mérito da causa só foi decidido em 1803, pelo presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall. O magistrado concluiu que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir o *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei era inconstitucional, não lhe cabia decidir o caso. Com essa decisão, Marshall inaugura o *Judicial Review* e dá novos contornos à Suprema Corte norte-americana.⁵

Segundo Stephen Griffin, a natureza do *Judicial Review* e o papel da Suprema Corte na atualidade estão muito distantes das ideias aceitas à época do juiz Marshall. Essa diferença está intrinsecamente relacionada à evolução dos valores democráticos e circunstâncias políticas na história americana.⁶ Griffin sustenta que o *Judicial Review* do debate contemporâneo gira em torno de saber se é legítima ou justificável a aplicação desse instituto pela Suprema Corte, segundo tradição constitucional e valores democráticos dos Estados Unidos. Nesse sentido, “haveria uma evolução do constitucionalismo norte-americano, que seria moldado histórica e politicamente”,⁷ dando origem a um distanciamento entre os valores originais da Constituição e a interpretação feita na atualidade.

Para uma melhor compreensão sobre como o poder contemporâneo do *Judicial Review* difere de seu uso no início da república, é importante considerar a variação de seus elementos de acordo com a evolução histórica da democracia americana. Elementos como a independência judicial, o

poder anulador e a vitaliciedade do mandato dos juízes permanecem até os dias atuais. Outros, no entanto, já não mais vigoram. Originalmente, o judiciário podia somente apreciar casos concretos e controvérsias, não tendo poderes para resolver todas as questões constitucionais que pudessem surgir. Não tinha, também, poderes para criar leis por meio de decisões judiciais. Estava subentendido, na era Marshall, que os tribunais de *common law* eram legítimas instituições do governo. A Corte, assim, tinha o papel de legalizar a Constituição para torná-la aplicável pelo judiciário.⁸

No decorrer do século XX, o *Judicial Review* apresentou-se com novos elementos. Entre as mudanças está o controle quase total do judiciário sobre sua própria pauta. Além disso, os juízes passam a ter entendimento bastante diverso daquele do século XIX a respeito das atribuições da Suprema Corte. As decisões desse tribunal passam a incidir sobre questões mais amplas, jurídico-políticas, e, aos poucos, a Suprema Corte torna-se instituição judicial que faz política pública e não mais um órgão para fornecer justiça a indivíduos.⁹ Em síntese, na atualidade, “a ideia básica do constitucionalismo americano seria, então, a condução governamental sob os preceitos da lei fundamental”.¹⁰

Segundo Griffin, uma teoria do *Judicial Review* deve basear-se em avaliação realista da política contemporânea, uma vez que o constitucionalismo americano mudou e os poderes políticos passaram a ter legitimidade e força maiores. A vantagem contramajoritária e a ênfase na vantagem comparativa do judiciário em matéria de princípios são aspectos ressaltados pela teoria constitucional de Alexander Bickel,¹¹ que estabeleceu os termos para o debate contemporâneo sobre o *Judicial Review*. Bickel aponta que o instituto do *Judicial Review* vai contra a característica central da democracia norte-americana, que é a de representação popular por meio de eleição. O fato de o *Judicial Review* ser único por ser final, bem como a vitaliciedade do mandato dos juízes são aspectos que ferem as instituições democráticas.

De acordo com a proposta de Stephen Griffin, não se pode compreender o constitucionalismo e a democracia americana tomando apenas por base a constituição de 1787. Atualmente, essa violaria muitos valores políticos essenciais. É necessário compreender constitucionalismo e democracia através de uma perspectiva dinâmica. Teorias acerca do *Judicial Review* devem, dessa forma, reconhecer que o governo norte-americano atravessou vários regimes político-constitucionais ou ordens institucionais de governo.¹² Griffin contextualiza sua teoria do *Judicial Review* no estado atual da democracia americana, em que há a participação mais ampla de pessoas co-

mun, de todas as etnias, sexos e religiões. Ressalta que esses direitos foram conquistados e não, desde o início, garantidos na Constituição de 1787 ou nas Emendas que a modificaram. Na década de 1930, por exemplo, foi necessário que o judiciário assumisse papel de vanguarda, incluindo aí direitos que valessem para todos, como leis contra a discriminação. A Corte, nesse momento, tinha o auxílio do Partido Democrático com constante fluxo de juízes que apoiavam tais causas.

A persistência de governos divididos desde os anos 1970 e a politização de questões institucionais são fatores que contribuíram para aumentar o poder da Suprema Corte. Nesse sentido, divisões políticas quanto a questões constitucionais são reproduzidas no campo judicial. Essa questão contraria teorias que afirmam ter a Corte vantagens comparativas em matéria de princípios.¹³ O processo de nomeação de juízes tornou-se cada vez mais politizado e o judiciário passa a ser percebido pelo Poder Legislativo como instância capaz de determinar agenda política. Ao longo desse período, parece ter se formado um consenso de que o valor da democracia não está no controle majoritário, mas no comprometimento em tratar os cidadãos de igual maneira e garantir que o governo funcione para promover o interesse de todos: esse é o conceito de “democracia de direitos”, fundamental para o entendimento de Griffin acerca da aplicação do *Judicial Review*. Por isso, o autor acredita em que o *Judicial Review* ativista pode ter se justificado no passado devido à falta de direitos democráticos, o que não se aplica ao momento atual. Para justificar essa teoria, Griffin utiliza os aportes teóricos de Mark Tushnet¹⁴ e Cass Sunstein¹⁵ a respeito do atual momento político norte-americano, em que direitos constitucionais devem ser assegurados por meio do próprio processo democrático. Significa dizer que o Congresso está suficientemente fortalecido e preparado para exercer esse papel, tanto quanto a Suprema Corte esteve no passado, devendo essa, em respeito aos valores democráticos, atuar com autocontenção judicial (*judicial self-restraint*).

3. Nota crítica ao *Judicial Review*

O poder conferido à Suprema Corte para determinar, por meio de decisões judiciais, as políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado, pode trazer vantagens para o cidadão, mas também suscita instabilidade para o sistema. Essa foi a opinião defendida por Mark Tushnet, professor da Universidade de Harvard, em palestra realizada no Brasil no ano de 2010.¹⁶

Em artigo denominado “Skepticism about Judicial Review: a perspective from the United States”,¹⁷ Tushnet lança um olhar de descrença a respeito da efetividade do *Judicial Review* na concretização de direitos, sobretudo de direitos humanos. Para tanto, Tushnet enumera algumas decisões ao longo da história da Suprema Corte norte-americana que afrontaram flagrantemente os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana:

A Corte geralmente compactuava com os fortes preconceitos existentes contra mulheres e afro-americanos, embora ocasionalmente invalidasse leis que fossem tentativas abertas de preservar o sistema de casta racial herdado da escravidão, posicionando-se contra leis locais refletindo grave preconceito contra imigrantes chineses.^{18 19}

Atualmente, um dos maiores críticos ao *Judicial Review* é Jeremy Waldron, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, nos Estados Unidos. Na obra *Law and disagreement*,²⁰ o professor neozelandês apresenta sua teoria sobre a supremacia do parlamento, que se contrapõe à proposta do *Judicial Review*. Waldron situa sua temática em torno da (i) legitimidade dos tribunais para revogar leis democraticamente postas pelo Poder Legislativo. Sua tese central é a de que o *Judicial Review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Essa teoria tem sido aprimorada em diversos artigos publicados pelo autor, dentre os quais, destacamos o ensaio publicado sob o título “The core of the case against Judicial Review”.²¹

No citado artigo, Waldron apresenta uma variedade de práticas instituídas em diferentes países que podem ser reconhecidas como controle de constitucionalidade, detendo-se na crítica ao que chama de “controle de constitucionalidade forte”, que pode ser definido como um sistema no qual:

os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra).²²

A crítica de Waldron está calcada em quatro pressuposições,²³ que seriam necessárias para a validade de seus argumentos. Por isso, o próprio teórico reconhece que sua crítica é condicional, ou seja, somente se sustenta quando respeitadas todas as premissas ou pressuposições. Em síntese, para

que os argumentos em favor da supremacia do Parlamento sejam válidos, é necessário que a sociedade possua:

a) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal;

b) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento;

c) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria das suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e

d) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos.

Se existirem tais condições, a sociedade deve resolver seus desacordos quanto a direitos por meio das instâncias deliberativas por natureza, representadas predominantemente pelo Parlamento.²⁴ Isso porque os membros de uma sociedade podem estar comprometidos com direitos, mas discordar quanto a esses direitos. Tais discordâncias aconteceriam em grande parte com alguma razoabilidade e boa-fé e em questões onde realmente é difícil obter o consenso. Para esses casos, o Parlamento estaria mais bem preparado para decidir, por ser inerente às suas atividades lidar com esse tipo de dissenso.²⁵

Embora seja contrário ao controle judicial forte, Waldron respeita argumentos em favor do *Judicial Review*, entre os quais o argumento de que nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão inseridas na proposta legislativa apresentada para avaliação; nem sempre um Parlamento vislumbra, inicialmente, que questões de direitos podem surgir a partir da aplicação subsequente de uma proposta legislativa. Assim, seria útil a atuação do *Judicial Review*, mas, ressalta o autor, somente quando o controle de constitucionalidade se der de forma fraca.

Outro ponto é que, para Waldron, não existe procedimento decisório perfeito. Conforme esclarece, “seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de *Judicial Review*, ele chegará algumas vezes à decisão errada, traindo direitos em vez de confirmá-los”,²⁶ dando origem ao que Richard Wollheim denominou de “paradoxo da teoria da democracia”. Com isso, dada a discordância sobre determinadas questões e considerando-se que qualquer processo decisório apresentará falhas, a questão seria “erigir um procedimento para gerar conciliação de uma maneira que possa ser reconhecida como legítima por ambos os lados”.²⁷ Dessa forma,

algumas questões teriam reivindicações de direito de caráter binário que os tribunais seriam competentes para tratar; outras, porém, com múltiplas possibilidades, seriam inapropriadas para a decisão judicial.

Waldron ataca o argumento de que os resultados apresentados pelas decisões judiciais seriam melhores do que os resultados apresentados pelas decisões parlamentares no contexto de casos específicos. Segundo ele, o argumento apresentado por Michael Moore de que “os juízes estão mais bem posicionados do que os legisladores para [...] terem um *insight* moral, pois juízes têm experiências com pensamento moral apresentadas a eles todos os dias” não passaria de um mito, pois, no momento em que as ações alcançam níveis recursais mais altos, “todos os traços originais de detentores de direitos de carne e osso desaparecem e o argumento gira em torno da questão abstrata do direito questionado”.²⁸

Com relação à preocupação dos juízes em fundamentar sua legitimidade para decidir, Waldron entende que isso acaba por prejudicar o debate a respeito do tema central de cada caso em questão. Diante disso, perde força o argumento a favor do *Judicial Review* no sentido de que a decisão judicial deve ser fundamentada, haja vista a fundamentação ser muito mais no sentido de legitimar a decisão judicial do que de relacionar argumentos que sustentem a tese propriamente dita adotada na decisão. Por isso, “o tempo todo, as verdadeiras questões em jogo na discordância de boa-fé e sobre direitos ficam relegadas às margens”,²⁹ sem que sejam de fato enfrentadas pelos tribunais. A questão da legitimidade é de extrema importância, pois os legisladores são frequentemente responsabilizados por seus eleitores e podem sofrer sanções nas urnas, enquanto os juízes não respondem frente à manifestação popular por suas decisões. Portanto, em respeito aos valores de uma sociedade democrática, os desacordos, reitera-se, devem ser resolvidos por aqueles que possuem representação política, ou seja, aqueles que possuem a legitimidade atribuída pelo voto popular.

4. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

O modelo brasileiro de jurisdição constitucional, estabelecido pela Carta Magna de 1988, atribui ao STF o papel de guardião da Constituição. Entretanto, não é apenas o STF que pode realizar o controle de constitucionalidade. No Brasil, vigora o modelo misto, que mescla características tanto do *common law* quanto do *civil law*, dando origem à possibilidade de controle abstrato ou concreto, bem como difuso ou concentrado. Em apertada síntese, cada vertente possui as seguintes características:

a) Controle abstrato: consiste na verificação da constitucionalidade da lei em tese. O objeto do pedido é que haja um pronunciamento quanto à constitucionalidade da própria lei. Nesse modelo, não há partes e o rol de legitimados à propositura da ação é restrito. Em geral, é realizado de forma concentrada, ou seja, por um único órgão.

b) Controle concreto: refere-se à verificação de constitucionalidade de lei que poderá ou não ser aplicada a um caso concreto, conforme decisão do juízo ou tribunal. Nesse caso, há partes envolvidas e qualquer dos litigantes poderá suscitar a inconstitucionalidade da lei. A declaração de inconstitucionalidade, via de regra, se dá de forma incidental,³⁰ prejudicialmente ao exame do mérito.

c) Controle difuso: é aquele realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, observadas as regras de competência dispostas na Constituição e nas leis processuais.

d) Controle concentrado: recebe esse nome por concentrar em um único tribunal o exame de constitucionalidade de leis ou atos instituídos pelos demais Poderes. No Brasil, o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ações específicas.³¹

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, no Brasil, com a adoção do sistema difuso, “tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público”.³²

De acordo com o desenho pátrio, cabe ao STF realizar o controle de constitucionalidade não apenas concentrado, mas também difuso, atuando em diversos casos como instância revisora.³³ Esse desenho faz com que o Supremo perca os contornos de típico tribunal constitucional, o que com o decorrer dos anos resultou em prejuízo à celeridade dos casos que chegam ao STF. Recentemente, com intuito de “desafogar” a pauta da nossa Corte Suprema, novos institutos foram criados, como é o caso da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. Outra mudança, ainda em discussão, é a chamada “PEC dos Recursos”, proposta pelo ministro Cezar Peluso,³⁴ atual presidente do Supremo Tribunal Federal, e que vem enfrentando fortes críticas.³⁵ Tendo em vista os limites do presente artigo, esses institutos não serão aprofundados.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade tem ainda como questão enfrentar a amplitude do texto constitucional, que corrobora para que qualquer tema possa ser levado à jurisdição do STF, seja ao argumento

de violação a regras ou (principalmente) a princípios, o que se contrapõe ao modelo norte-americano, cuja Constituição, ainda a de 1787, é tão sintética que se resume a apenas sete artigos.³⁶ A realidade brasileira também não nos permite fechar os olhos para a descrença da sociedade em relação aos demais Poderes. As denúncias de corrupção, que estampam as primeiras páginas dos jornais quase diariamente, reduzem as expectativas da sociedade em relação ao Executivo e ao Legislativo, contribuindo para que essas recaiam, ainda mais, sobre o Judiciário. Pesquisa apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2008, revelou que o Judiciário está à frente dos demais Poderes em termos de confiança da população, tendo o Senado, a Câmara dos Vereadores, a Câmara dos Deputados e os partidos políticos ostentado, respectivamente, os últimos lugares.³⁷ O estudo demonstra que as instituições deliberativas dotadas de representação democrática são as que possuem menor grau de confiança da sociedade, o que é, no mínimo, curioso, para não dizer preocupante. A lacuna deixada pelos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento do *mandamus* constitucional, bem como o enfrentamento dos enormes desafios delineados pela Constituição de 1988 conduziram o Supremo Tribunal Federal a adotar uma postura mais ativista na concretização do texto constitucional, fazendo-o, em determinados momentos, com algum excesso. No dizer de Oscar Vilhena Vieira:

A hiperconstitucionalização da vida contemporânea é [...] decorrência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação de escopo das constituições e de reforço do papel do Judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.³⁸

Os mecanismos estabelecidos no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade fortalecem sobremaneira o papel do Supremo Tribunal Federal. No que tange às políticas públicas, a Carta de 1988 também ampliou significativamente os desafios impostos ao Legislativo e ao Executivo, ao mesmo tempo em que atribuiu ao Judiciário a função de órgão garantidor da efetividade constitucional. Tal arranjo tem contribuído para as críticas no sentido de que hoje, no Brasil, não se está diante da supremacia da Constituição, mas sim da “Supremocracia”,³⁹ ou seja, da preponderância do Poder Judiciário sobre os demais Poderes.⁴⁰

A interferência do Judiciário na definição de políticas públicas⁴¹ acentua ainda mais o papel político do STF, contribuindo para a tensão já exis-

tente entre constitucionalismo e democracia. Segundo o ministro Gilmar Mendes: “De *inegável peso político* [grifo nosso] e significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar [as ações de controle de constitucionalidade]”.⁴² No Brasil, a ausência ou ineficiência de políticas públicas muitas vezes envolve direitos fundamentais e o Judiciário passou a ser visto como instância garantidora desses direitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal passou a atuar como legislador positivo, impondo obrigações aos demais Poderes. Diante de uma Constituição dirigente e da omissão dos demais Poderes, talvez não haja mesmo outra coisa que o Supremo Tribunal Federal possa fazer. Entretanto, a maneira como isso deve ser feito pode suscitar polêmicas de maiores ou menores proporções:

Enfim, esse aumento do poder da justiça esconde dois fenômenos aparentemente muito diferentes – e até contraditórios – cujos efeitos convergem e se reforçam: de um lado, o enfraquecimento do Estado, sob pressão do mercado; e, de outro, o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos.

Essa reviravolta judiciária da vida política [...] vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado.⁴³

Os desafios impostos à manutenção da força normativa da Constituição e à realização da jurisdição constitucional no cenário brasileiro suscitam o questionamento da existência, no Brasil, das precondições a que Waldron se refere para que se institua um modelo de supremacia do Parlamento, tal como aquele que o autor defende como ideal para a realidade norte-americana.

5. Conclusão

Ao adentrarmos as linhas finais do presente artigo, podemos concluir que o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, inaugurado em 1803 com o caso *Marbury vs. Madison*, não se desenvolveu nos últimos duzentos anos sem que houvesse resistência. Ao contrário, de matriz eminentemente jurisprudencial, o *Judicial Review* foi construído e consolidado sob fortes críticas que, em síntese, discorrem sobre a ilegitimidade da Corte Constitucional para afastar leis e atos dos poderes constituídos, em violação aos princípios da democracia e da separação dos poderes.

No Brasil, podemos identificar os reflexos da teoria constitucional norte-americana não apenas na adoção do controle de constitucionalidade incidental, inaugurado em 1803 pelo juiz Marshall, mas também pela forma como o STF vem proferindo suas decisões, lastreadas em precedentes e adentrando cada vez mais a seara política que envolve as questões. Ao importarmos o *Judicial Review*, adquirimos, a reboque, também as críticas que lhe são dirigidas, sem que as vantagens encontradas em solo americano possam ser aqui reproduzidas. Isso porque a realidade social e constitucional do Brasil é totalmente distinta daquela que se afigura nos Estados Unidos, o que acarreta problemas adicionais enfrentados de modo “criativo”, para não dizer com ativismo judicial,⁴⁴ por parte de nossa Corte Suprema. Dessa forma, a tentativa de “encaixar o quadrado no redondo” deixa à mostra a inexistência de uma teoria constitucional pátria que seja efetivamente capaz de produzir respostas satisfatórias para os dilemas e impasses enfrentados pela nossa Corte Constitucional.

6. Notas

¹ O presente artigo é parte da produção acadêmica da linha de pesquisa Estado, Democracia e Direitos Humanos, vinculado ao grupo de pesquisa Direito e Sociedade da Universidade Candido Mendes – Centro. Participam da linha de pesquisa os seguintes alunos: Andressa Storck, Antônio Pedro Braga Netto, Bryan Lins, Cláudia Aguiar, Eliton Fortes, Guilherme Ribeiro, Joyce Nogueira Schmitt e Raissa Torres. O grupo é coordenado pelo professor Farlei Martins Riccio e conta com a participação da professora Flávia Martins de Carvalho.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora dos grupos Observatório da Justiça Brasileira (UFRJ) e Direito e Sociedade (UCAM – Centro). Professora de Direito Constitucional da Universidade Candido Mendes – Centro.

³ Graduandos em Direito e pesquisadores do grupo Direito e Sociedade da Universidade Candido Mendes – Centro.

⁴ VIEIRA, José Ribas. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? *Direito Administrativo em Debate*. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/27118594/Jose-Ribas-Saidas-Institucionais>. Acesso em: 21 de janeiro de 2011.

⁵ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade das leis (the lead case *Marbury vs. Madison*). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 474, 24 out. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5838>. Acesso em: 17 de maio de 2011.

⁶ GRIFFIN, Stephen M. A Era *Marbury*: o *Judicial Review* em uma Democracia de Direitos In: BIGONHA, Antonio Carlos

Alpino e MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 228-9; 246-7.

⁷ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: quem detém legitimidade para dizer o que a Constituição significa e qual a Constituição dos Estados Unidos hoje? In: VIEIRA, José Ribas (et al.). *Teoria constitucional norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

⁸ GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 237.

⁹ Idem, *ibid.*, p. 238.

¹⁰ OLIVEIRA, Daniel Almeida de., op. cit., p. 26.

¹¹ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹² OLIVEIRA, Daniel Almeida de., op. cit., p. 19-28.

¹³ A respeito da interpretação constitucional por meio de princípios e do papel dos juízes na hermenêutica constitucional, ver, por todos: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass. *One case at time*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

¹⁶ BATISTA, Eurico. Professor dos Estados Unidos discute controle judicial. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-29/professor-harvard-expoe-riscos-vantagens-controle-constitucional>. Acesso em: 27 de maio de 2010.

¹⁷ O artigo em referência foi traduzido para o português e publicado na cole-

ção Direito e Democracia, sob o título TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *Judicial Review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-41.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 225-6.

¹⁹ “A real experiência dos Estados Unidos com o *Judicial Review* em nome de direitos humanos fundamentais é, assim, significativamente mais curta e mais ambígua do que se possa imaginar” (Id., *ibid.*, p. 227).

²⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Para uma versão em espanhol, ver: WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. Ver também: BERMAN, José Guilherme. *Direitos, desacordo e Judicial Review*: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (et al.). *Teoria constitucional norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 97-129

²¹ O artigo em referência foi traduzido para o português e publicado na coleção *Direito e Democracia*, sob o título WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

²² Id., *ibid.*, p. 100.

²³ Id., *ibid.*, p. 105.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 106.

²⁵ Id., 2005, p. 130.

²⁶ Id., 2010, p.119.

²⁷ Id., *ibid.*, p.120.

²⁸ Id., *ibid.*, p.127.

²⁹ Id., *ibid.*, p.131.

³⁰ Segundo Gustavo Binenbojm, os termos incidental e difuso frequentemente são utilizados como sinônimos, o que não é correto, pois “nem todo sistema de controle incidental atribui difusamente aos órgãos jurisdicionais competência para decidir o incidente de inconstitucionalidade”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

³¹ O controle de constitucionalidade concentrado pode ser suscitado por meio dos seguintes instrumentos: Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIN genérica), Arguição de Preceito Fundamental (ADPF), ADI por omissão, ADIN interventiva e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON). Ver: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157-8.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade e processo de deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acesso: 13 de maio de 2011.

³³ Conforme alerta Oscar Vilhena Vieira: “Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente

competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 490).

³⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>. Acesso: 21 de março de 2011.

³⁵ Por todos, ver: ITO, Marina. Parecer do IAB critica proposta que muda recursos. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-08/eficiencia-judiciario-nao-vir-detrimento-qualidade>. Acesso em: 8 de abril de 2011.

³⁶ Conforme salienta o professor Luis Roberto Barroso: “Alguns artigos, no entanto, são longos, desdobrados em inúmeras seções e incisos”, mas nada comparado ao texto constitucional brasileiro. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

³⁷ Cf. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/barometro.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena., op. cit.

³⁹ Id., *ibid.*

⁴⁰ “A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração dos poderes na esfera da jurisdição do Supremo Tribunal Federal [...], aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação dos poderes” (id., *ibid.*).

⁴¹ Cf. MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a in-*

tervenção judicial em Políticas Públicas. Belo Horizonte: Forum, 2009.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.

⁴³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 26

⁴⁴ O termo “ativismo judicial” pode ser entendido como “a recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”. MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

7. Referências Bibliográficas

Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/barometro.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

BATISTA, Eurico. Professor dos Estados Unidos discute controle judicial. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-29/professor-harvard-expoe-ricos-vantagens-controle-constitucional>. Acesso em: 27 de maio de 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BERMAN, José Guilherme. Direitos, desacordo e *Judicial Review*: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (et al.). Teoria constitucional norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 97-129.
- BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 270 p.
- GRIFFIN, Stephen M. A Era Marbury: o *Judicial Review* em uma democracia de direitos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223-79.
- . Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 279-98.
- ITO, Marina. Parecer do IAB critica proposta que muda recursos. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-08/eficiencia-judiciario-nao-vm-detrimento-qualidade>. Acesso em: 8 de abril de 2011.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAURÍCIO JR., Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em Políticas Públicas. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade e processo de deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2011.
- . Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.
- OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: quem detém legitimidade para dizer o que a Constituição significa e qual a Constituição dos Estados Unidos hoje? In: VIEIRA, José Ribas (et al.). Teoria constitucional norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19-79.
- SUNSTEIN, Cass. One case at time. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.
- TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- . Ceticismo sobre o *Judicial Review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Al-

- pino e MOREIRA, Luiz. Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 225-6.
- WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- . A essência da oposição ao *Judicial Review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 100.
- VIEIRA, José Ribas. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição? Direito Administrativo em debate. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/27118594/Jose-Ribas-Saidas-Institucionais>. Acesso em: 21 de janeiro de 2011.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



A POSTURA DA DEFESA NO PROCESSO PENAL: A ADOÇÃO DE ESTRATÉGIAS DEFENSIVAS

Franklyn Roger Alves Silva'

1. Introdução; 2. A postura defensiva no Processo Penal e a antecipação involuntária das teses defensivas; 3. O silêncio do réu na Constituição e no Código de Processo Penal; 4. Conclusão; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A postura da defesa durante o curso da instrução processual é ponto nodal para um desenrolar favorável aos interesses do acusado. Não é a toa que a ausência de defesa técnica acarreta nulidade do processo, eis que é evidente o desprezo ao princípio do devido processo legal.

As recentes reformas no Código de Processo Penal e as alterações na jurisprudência revelam a preocupação do ordenamento jurídico em permitir ao acusado o acesso e exercício a uma defesa efetiva, superando-se a visão ultrapassada de uma defesa formal, meramente presencial.

A figura do advogado dativo vem cedendo espaço no ordenamento jurídico ante o crescente aparelhamento da Defensoria Pública em nosso país, instituição que democratiza e garante o pleno acesso ao Judiciário.²

Uma fórmula muito simples, mas que o Judiciário se recusa a enxergar, pode ser equacionada nos seguintes termos: crescente aparelhamento das instituições essenciais à justiça + criação de normas processuais e órgãos jurisdicionais de facilitação de exercício de pretensões + crescente esclarecimento da população acerca dos seus direitos = amplo e efetivo acesso à justiça com demanda exponencialmente crescente.

A tendência moderna de se fortalecer o acesso à justiça vem tendo repercussão positiva, visto que, a cada ano, cresce o número de demandas ajuizadas no Judiciário. O aparelhamento da Polícia Judiciária,³ a atuação incisiva do Ministério Público e a postura combativa da Defensoria Pública e de advogados também são reflexos desse crescente asseio da justiça.

Entretanto, observa-se uma total inversão de valores, tendente ao retrocesso. Ao contrário de se admitir que a enxurrada de processos no Judiciário deveria acarretar o maior aparelhamento de pessoal e a utilização de meios alternativos para solução de conflitos, o legislador quer dar um passo atrás, subtraindo direitos subjetivos, como a redução dos recursos e de suas hipóteses de cabimento, a total dilaceração da figura do *Habeas Corpus* – que de remédio constitucional passaria a verdadeiro placebo –,⁴ bem como a diminuição dos ritos processuais, entre outras medidas paliativas.

Entretanto, nem tudo são trevas. O deslocamento do interrogatório para o final da instrução processual, a superação de precedentes antigos, a declaração de inconstitucionalidade de diversos artigos prejudiciais ao acusado (*v.g.* restrições à liberdade provisória e suspensão condicional da pena), têm se revelado como medidas positivas no Estado Democrático de Direito.

As reformas processuais conferiram à defesa mecanismos efetivos de construção de estratégias, permitindo influenciar o resultado do processo. O defensor do acusado, ao ver seu constituinte interrogado ao fim da instrução, pode fornecer-lhe subsídios para a organização do interrogatório, permitindo que o próprio acusado, após a colheita da prova de acusação e defesa, selecione o que é pertinente para ser dito em juízo.⁵ Em outras palavras, maximiza-se o interrogatório como verdadeiro meio de defesa.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é a análise da postura da defesa em audiência, bem como o direito que o acusado tem em exercer o

seu direito parcial ao silêncio, optando por responder somente parte dos questionamentos que lhe são formulados em audiência.

2. A postura defensiva no Processo Penal e a antecipação involuntária das teses defensivas

As prerrogativas conferidas ao acusado no Processo Penal revelam a preocupação do legislador em garantir a plena defesa e a paridade de armas entre os pólos processuais, principalmente diante da superação da concepção fascista que inspirou a redação originária do Código de Processo Penal.

A obrigatória exigência do contraditório tornou-se evidente no Direito Processual Penal. Inobstante a divergência doutrinária e jurisprudencial⁶ acerca do momento do recebimento da denúncia, ante a confusa redação dos Arts. 396 e 399 do CPP é certo que a possibilidade de contraditório prévio ao exame de admissibilidade da inicial acusatória ganhou força no ordenamento jurídico, principalmente no procedimento dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95) e na Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/06).

Até mesmo para a decretação de medida cautelar restritiva torna-se necessário o contraditório, ao que se depreende da nova redação do Art. 282, §3º, do CPP alterado pela Lei n. 12.403/11.

A disposição do interrogatório ao final da instrução processual após a colheita dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa e a possibilidade de inovação da tese defensiva na tréplica do procedimento do júri apenas corroboram a máxima de que “a defesa sempre fala por último”.

Certo é que o conteúdo do Art. 396-A do CPP sofre relativização, visto que não se recomenda que o defensor alegue tudo que aproveite à defesa do acusado, cabendo à resposta configuração de uma peça formal, destinada à indicação das provas⁷ e à alegação de eventuais nulidades já existentes no processo.

Entretanto, há que se ter cautela em determinadas fórmulas e atos processuais em que se exige a manifestação precedente da defesa. É muito comum, por exemplo, que um requerimento de produção de prova tenha seu deferimento condicionado a demonstração da pertinência de sua produção. Até aí, não há nada demais, pois a Lei Processual Penal veda a produção de provas que não tenham relação com a causa, ao que dispõe o Art. 212. O problema, todavia, reside no fato de muitos magistrados exigirem a demonstração, com riquezas de detalhes, do que a defesa pretende alcançar com a produção daquela prova.

Além disso, há situações em que a defesa, durante a inquirição de uma testemunha, ao indicar a pertinência da pergunta, acaba por antecipar a tese de defesa que está por construir e até mesmo alertar a testemunha sobre o que se pretende aferir, o que, em muitas situações, previne-a de eventual contradição.

Tais exigências, a nosso ver, tiram a necessária paridade existente entre acusação e defesa, visto que se obriga o defensor do réu a antecipar o que pretende obter com a produção daquela prova e, até mesmo, antecipar sua tese defensiva ao órgão acusatório que, a princípio, só seria apresentada no momento das alegações finais, o último ato antes da prolação da sentença. A prática forense revela ainda uma situação de desigualdade, pois raras são as vezes em que se exige do órgão acusatório a demonstração da pertinência das provas que pretende produzir.

Aliás, é bom registrar crítica ao Judiciário brasileiro em razão da adoção de uma postura leniente em relação aos requerimentos formulados pelo Ministério Público. A prática revela situações absurdas em que o órgão acusatório pugna pela expedição de ofícios para busca da qualificação de testemunhas, quando se sabe que o Ministério Público possui enorme aparelhamento capaz de lhe garantir, por meios próprios, a realização de tais diligências. Por outro lado, quando a defesa formula requerimentos similares, ou insiste na vinda aos autos da folha de antecedentes criminais da vítima, por exemplo, não se vê a mesma cortesia do órgão jurisdicional.

Pois bem, voltando ao tema probatório, afigura-se totalmente inviável exigir da defesa, por exemplo, a demonstração da pertinência de pergunta formulada diretamente à testemunha, quando tal justificação possa influir na antecipação da tese defensiva ou induzir a testemunha a resposta diversa.

Quando o defensor expõe ao juiz o que objetiva alcançar com a indagação formulada, automaticamente antecipa-se à acusação eventual tese defensiva a qual se pretende sustentar ao final da instrução, violando-se o princípio de que a defesa sempre deve falar por último.

Também se assegura, nos casos em que a defesa pretende cavar contradições, que a indicação da pertinência da pergunta permita à testemunha formular raciocínio capaz de construir resposta mais objetiva e sem contradição, mas que muitas vezes não reflete a realidade dos fatos.

O magistrado, ao analisar a pertinência da produção de determinada prova, não pode exigir uma descrição minuciosa sobre o que se pretende demonstrar, sob risco de se expor o argumento final de defesa.

Aliás, em matéria probatória, duras críticas também devem ser feitas àqueles que leem o teor da denúncia e das declarações prestadas em sede policial para as testemunhas antes do início da colheita do depoimento.

Oportuno observar que o Código de Processo Penal determina a leitura da peça acusatória apenas no momento do interrogatório, visto que é direito do réu ter ciência do teor da acusação contra si formulada, conforme determina o Art. 186. No capítulo destinado à prova testemunhal, o Código de Processo Penal é silente a esse respeito.

Como é de curial sabinça a testemunha deve ser capaz de depor acerca do que sabe sobre o fato, como determina o Art. 203 do CPP, ao dispor que a testemunha deve relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade.

Quando o magistrado lê os termos da denúncia, há nítida condução da testemunha sobre o que o Judiciário pretende constatar,⁸ violando-se o Art. 212 do CPP, que veda a indução da testemunha no momento de formulação da pergunta. A localização das contradições⁹ torna-se mais difícil, uma vez que já se permitiu à testemunha ter ciência do que ela deve depor.¹⁰

Um dos meios mais simplórios de constatação da veracidade da palavra da testemunha diz respeito à coerência de suas declarações, tanto na fase inquisitória quanto na fase judicial. Quanto mais detalhes a testemunha puder apresentar e quanto menos contradições houver durante os diversos depoimentos que a mesma prestar durante a fase inquisitorial e judicial, maior credibilidade esta testemunha terá, fornecendo grandes subsídios na formação do convencimento do juiz.¹¹

Algumas instruções processuais beiram a mesquinharia, pois chegam-se a ponto de admitir a condenação com base em testemunhas *per relationem*, aquelas que prestam depoimento narrando apenas o que outras testemunhas disseram no momento do fato, ou durante as investigações, algo comum quando não é possível localizar uma testemunha e arrola-se o Delegado, Promotor de Justiça¹² ou Inspetor de Polícia para narrar o que a testemunha disse durante as investigações.¹³

Ou seja, o campo probatório do Direito Processual Penal vem se amesquinhando com fórmulas e expedientes nefastos que nem sempre conferem ao magistrado a credibilidade da ocorrência daquele fato delituoso, mas permitem a prolação de uma sentença condenatória formalista, apegada à estrutura, mas sem conteúdo e compromisso com a verdade processual.¹⁴

É por essas e outras razões que o defensor deve traçar sua estratégia durante o processo, com a produção direcionada de provas e a utilização adequadas dos demais meios de defesa, evitando-se, sempre que possível, a antecipação de seus argumentos defensivos.

3. O silêncio do réu na Constituição e no Código de Processo Penal

O silêncio do acusado ganhou sua plenitude com a Constituição de 1988, que em seu Art. 5º, LXIII, sacramentou tal garantia. Isso, contudo, não foi suficiente para desarraigar a carga intimidatória do ato processual do interrogatório, pois, até o ano de 2003, a redação original do Código de Processo Penal determinava que apenas o juiz poderia formular perguntas, constituindo-se ato privativo desse, cabendo a acusador e defensor a figura de meros coadjuvantes, sem nenhuma participação no interrogatório, pois não lhes era dado o direito reperguntar o acusado.

Com o advento da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o interrogatório ganhou novo contorno, pois assegurou-se que o acusado fosse integralmente cientificado dos termos da acusação e se entrevistasse prévia e reservadamente com o defensor antes do início de seu interrogatório. Também se exige, após a alteração legal, que o ato processual seja realizado na presença do defensor do réu, que poderá no momento oportuno formular perguntas ao seu cliente.

A tamanha relevância que a reforma processual da Lei n. 10.792/03 operou ao interrogatório lhe garantiu maiores contornos de meio de defesa, em detrimento de sua característica como meio de prova.

O silêncio do acusado não importará em sua confissão, sendo certo que também não poderá ser interpretado em seu prejuízo, o que afasta por completo o dito popular “quem cala consente”, conforme a redação do Art. 186, parágrafo único do CPP.¹⁵

Tema pouco explorado, mas que ganha muita relevância na prática, diz respeito à possibilidade de silêncio parcial do acusado em seu interrogatório. Poderia o acusado responder apenas a determinadas perguntas, optando pelo silêncio em relação a outras? Indo além, poderia o acusado optar por responder apenas às perguntas de seu defensor?

Como exposto linhas acima, a Constituição e o Código de Processo Penal asseguram ao acusado o direito de permanecer calado em seu inter-

rogatório, garantindo que este silêncio não lhe acarrete nenhum prejuízo. Muito embora o acusado possa permanecer em silêncio, também lhe é dado responder a determinados questionamentos, calando-se em relação a outros, conforme se depreende da leitura do Art. 186 do CPP.¹⁶

O acusado, durante o seu interrogatório, pode exercer o seu direito ao silêncio por diversas razões, principalmente quando pretende evitar a sua incriminação. Além disso, o ordenamento jurídico garante-lhe esta prerrogativa sem que o acusado tenha que justificar o porquê de exercer o silêncio naquele momento.

O ponto nodal, todavia, diz respeito à conveniência e à forma como se exerce o silêncio parcial. Trata-se de observação de tamanha relevância, principalmente quando realizada no Tribunal do Júri, onde há forte predomínio da oralidade e de impressões pessoais no julgamento.

Como é cediço, o Tribunal do Júri baseia-se no sistema íntima convicção, de sorte que os jurados não são obrigados a fundamentar a razão pela qual absolvem ou condenam o réu. Essa regra traz por reflexo, o fato de se desconhecer a motivação dos jurados e os elementos que o levaram a determinada conclusão, daí se dizer que o silêncio,¹⁷ ainda que parcial do acusado em seu interrogatório no Tribunal do Júri pode trazer consequências negativas, não sendo possível à defesa demonstrar a ocorrência do prejuízo.

O ato processual de interrogatório constitui-se em duas fases: a de qualificação, na qual o acusado deverá indicar seus dados pessoais; e a do interrogatório propriamente dito,¹⁸ em que poderá apresentar sua versão de defesa, confessar o fato ou exercer o seu direito ao silêncio.

Nesse contexto, encontramos disposição do Art. 189 do CPP, que, apesar de apresentar grande relevância sobre o tema do interrogatório, é muito pouco explorada e utilizada. A norma em comento versa sobre a possibilidade de o acusado, quando negar a autoria, prestar esclarecimentos e indicar a produção de provas de sua versão.

O dispositivo permite que a defesa possa, por meio do interrogatório do acusado, requerer, naquele momento processual, a produção de outras provas capazes de demonstrar a versão apresentada, ainda que operada a preclusão para a indicação das testemunhas, ocorrida no momento da apresentação da resposta.

É de bom alvitre observar que o Projeto n. 156/2009 de iniciativa do Senado, projeto esse que objetiva a aprovação de um novo Código de Processo Penal, traça novas balizas ao interrogatório, assegurando ao indiciado

o direito de se manifestar em sede policial somente quando presente seu defensor, além de ter ciência do teor das investigações antes de prestar suas declarações.

O interrogatório do réu será feito pelo sistema de inquirição direta, adotado pelo atual Código de Processo Penal para a inquirição de testemunhas desde a reforma operada pela Lei n. 11.719/08,¹⁹ iniciando o Ministério Público a formular as perguntas, seguido pela defesa e por último o juiz, apenas em caráter complementar para sanar pontos controvertidos.

O Projeto admite a realização do interrogatório por videoconferência, assegurando-se ao acusado o direito de assistir a todos os atos da instrução processual e entrevistar-se previamente com seu defensor, mediante canal telefônico reservado, o que já consta do atual CPP desde 2009, quando da edição da Lei n. 11.900/2009.

Inobstante avançarmos absurdamente no campo tecnológico, parecem-nos que determinadas fórmulas são perenes, não podendo ser adequadas à modernidade. Um exemplo é a realização da audiência por meio de videoconferência. Como ato de índole pessoal, a realização da audiência com a colheita dos depoimentos das testemunhas e interrogatório do acusado não pode ser adaptada à realidade da informática.

Quando trata do capítulo da prova testemunhal, o próprio Código de Processo Penal determina ao juiz avaliar o conteúdo das declarações das testemunhas para aferir a credibilidade de suas declarações. Sabe-se, entretanto, que muitos dos sintomas de que a testemunha não está expressando a realidade em suas declarações são expostos por sinais corporais, a exemplo do suor, nervosismo, desatenção, enfim, diversas manifestações perceptíveis pelo juiz.

Por outro lado, a proximidade entre acusado e seu defensor deve ser a maior possível, pois pode haver algum ponto que o réu pretenda arguir da testemunha, sendo necessário que esse indique a seu patrono no momento da inquirição.

A utilização da videoconferência, além de impedir uma clara avaliação do depoimento da vítima, também enfraquece a necessária proximidade que deve ser assegurada entre o acusado e seu defensor.

4. Conclusão

A defesa no Processo Penal não se resume apenas à figura do rábula que se senta na sala de audiências e assiste inerte e de camarote à dilapidação do princípio do devido processo legal.

O ordenamento jurídico intensificou o valor da defesa no cenário processual, conferindo diversos mecanismos capazes de operacionalizar o direito à ampla defesa, seja por meio da máxima de que a defesa sempre fala por último, seja pelo fato de o acusado ter direito à defesa técnica durante todas as fases do processo.

O papel do defensor ganha novo formato, pois esse assume a posição de traçar a melhor estratégia defensiva, baseado nas afirmações do réu e à luz das provas que são produzidas ao longo da instrução processual.

A colheita da prova tem suma importância no desenrolar do processo, não sendo dado ao juiz exigir da defesa a demonstração da pertinência da prova requerida, sob risco de se antecipar a linha de defesa a ser adotada.

5. Notas

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Professor da Universidade Candido Mendes. Defensor Público do estado do Rio de Janeiro.

² Somente o Estado de Santa Catarina ainda não é dotado de Defensoria Pública, inobstante haver forte tendência em aparelhar o Estado com a referida instituição.

³ As inúmeras investigações da Polícia Civil e Federal têm permitido a deflagração de ações penais de repercussão, acarretando maior aplicação da lei penal.

⁴ Nunca se deu tanto valor ao *Habeas Corpus* como na última década. O remédio constitucional se revelou a única terapia capaz de solucionar as flagrantes ilegalidades ocorridas na justiça brasileira, democratizando o acesso ao Judiciário e reparando as restrições ao direito de liberdade. Certo é, todavia, que a estrutura arcaica do sistema recursal do CPP leva o jurisdicionado a uma utilização disforme do *Habeas Corpus*, em que a restrição ao direito de locomoção passa a ser questão reflexa ao questionamento principal impetração, como, por exemplo, a objetivação de decretação de nulidades de decisões por falta de fundamentação, ilicitude de provas, etc.

⁵ Entendemos que o defensor não deve construir a versão a ser dada no interrogatório. Cabe a ele indicar a pertinência das declarações do acusado, dizendo o que pode e o que não pode ser dito.

⁶ O STJ, em julgado da 5ª Turma, já se pronunciou no sentido de que o recebimento da denúncia deve ocorrer na forma do Art. 396, do CPP, de sorte que não há o contraditório prévio com a apresentação da resposta:

RECEBIMENTO. DENÚNCIA. ART. 396 DO CPP.

A Lei n. 11.719/2008, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o Art. 396 quanto o Art. 399 daquele *codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado Art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado. Por sua vez, o Art. 396-A daquele mesmo diploma legal prevê a apresentação de revigorada defesa prévia, na qual se podem arguir preliminares, realizar amplas alegações, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas. Diante disso, se o julgador verificar não ser caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito ao designar data para audiência. Contudo, nessa fase, toda a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas apresentadas dar-se-á de forma concisa, pois o juízo deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada sob pena de indevido prejulgamento, caso acolhido o prosseguimento do processo-crime. Daí que, no caso, a decisão ora combatida, de prosseguir no processo, apesar de sucinta, está suficientemente fundamentada. Precedente citado: HC 119.226-PR, DJe 28/9/2009.

⁷ Fundamental o contato do defensor com o acusado antes da apresentação da resposta, a fim de que ambos possam traçar o rumo da estratégia defensiva, com a indicação das provas que entendem pertinentes.

⁸ É comum observarmos, principalmente em depoimentos de policiais civis e mi-

litares, que os mesmos, antes do início da audiência, leem, ou melhor, decoram suas declarações do Auto de Prisão em Flagrante e no momento da audiência apenas reproduzem o que lá constava. Aliás, existem juízes que sequer formulam perguntas, fazendo constar do depoimento determinadas fórmulas como: “a testemunha reconhece como sua a assinatura de fl.” ou “a testemunha ratifica as declarações prestadas no inquérito policial”.

⁹ Também é bom deixar registrado que os sinais corporais de uma testemunha podem revelar a credibilidade de suas declarações.

¹⁰ Neste ponto, entendemos que, no início do depoimento, caberia ao magistrado apenas indicar que a testemunha está ali para prestar declarações sobre “determinado fato”, indicando apenas local e hora.

¹¹ O enunciado n. 70 da Súmula do TJRJ deve ser encarado com ressalvas, primeiro pelo fato de não gozar de efeito vinculante, mas meramente persuasivo, e em segundo lugar pelo fato de que a produção da prova testemunhal restrita aos depoimentos de autoridades policiais não pode ser encarada como de valor absoluto, devendo ser cotejada com os demais elementos do processo. Chega-se a situação absurda, remontando ao fatídico sistema tarifário, pois o depoimento de um único policial não permite o decreto condenatório, mas a palavra de dois milicianos é suficiente para a condenação, depoimento esse, aliás, decorado momentos antes da audiência mediante a leitura das declarações prestadas no inquérito policial, fato que começa a se tornar recorrente no processo.

¹² **PROMOTOR. TESTEMUNHA. ACUSAÇÃO.**

O recorrente foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, do CP,

tendo-se ouvido as testemunhas da acusação em juízo. A defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal a quo, sustentando existir nulidade, entre outras, nas oitivas de Promotores de Justiça que atuam na Promotoria e que foram testemunhas de acusação. Note-se que não houve atuação do MP estadual na fase de inquérito, apenas dois promotores assistiram às declarações prestadas, para garantir a legalidade do interrogatório do réu e, depois, foram testemunhas na ação penal perante o júri, a respeito do que ouviram do depoimento do réu. Na oportunidade, a defesa contraditou os testemunhos. Isso posto, preliminarmente, afastou a Min. Relatora a nulidade quanto à falta de intimação da defesa para a sessão de julgamento de habeas corpus, prescindindo de inclusão em pauta, pois é o defensor quem deve manifestar sua pretensão de sustentar oralmente (Súm. n. 431-STF). Quanto a haver nulidade na oitiva em juízo dos promotores como testemunhas de acusação, ainda que eles não se tenham incumbido de oferecimento da denúncia, ato delegado a outro promotor, no dizer da Min. Relatora, entre outros argumentos, é nítida a confusão feita entre os papéis de parte processual e testemunha (sujeito de provas). Dessa forma, conclui, após invocação de precedente deste Superior Tribunal, ser evidente a nulidade absoluta dos depoimentos prestados em juízo pelos promotores de Justiça, ainda que se tenham limitado na fase extrajudicial a acompanhar o interrogatório do recorrente. Anulados os depoimentos, impõe-se a anulação da sentença de pronúncia para que outra seja proferida, tendo em vista que o magistrado a quo utilizou as declarações nulas para se convencer, determinando seu desentranhamento dos autos. Diante do exposto, a Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso de habeas corpus. Precedentes citados do

STF: HC 73.425-PR, DJ 18/6/2001; do STJ: RHC 14.714-ES, DJe 3/8/2009; RHC 21.971-BA, DJ 22/10/2007, e REsp 5.502-SP, DJ 28/9/1992. **RHC 20.079-SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/11/2009.

¹³ Convém ponderar que algumas nulidades, de caráter absoluto, não devem ser arguidas em sede de alegações finais, visto que a invocação do vício permite ao juiz, na sentença, indicar as razões pelas quais a instrução é regular, conferindo maiores argumentos ao Tribunal quando do exame da apelação. Do contrário, quando se suscita nulidade somente nas razões recursais retira-se a possibilidade de o juiz justificar a legitimidade de sua atuação e demonstra-se o prejuízo advindo da sentença condenatória.

¹⁴ A existência do princípio da verdade real há muito foi ultrapassada pelo fato de o processo não ser capaz de reproduzir, com exatidão, a realidade do fato criminoso. O que se constitui durante a instrução probatória é uma verdade processual onde se permite a constatação do fato por meio dos elementos de prova produzidos, mas nunca reproduzindo com exatidão e riqueza de detalhes a realidade dos fatos apurados.

¹⁵ É verdade que o legislador, como sempre, não fez o trabalho por completo. Inobstante alterar a redação do Art. 186, inserindo a garantia de não prejudicialidade ao silêncio, esqueceu-se que no Art. 198, quando é tratada a confissão, há previsão diametralmente oposta admitindo-se que o silêncio do acusado seja utilizado como elemento para a formação da convicção do juiz.

¹⁶ “O acusado poderá calar-se, responder apenas a algumas perguntas, negar a prática do crime, muitas vezes com versões inverídicas...” (LIMA, 2009, p. 435).

¹⁷ O Código de Processo Penal demonstra tamanha preocupação com a questão do silêncio do acusado que uma das hipóteses de nulidade do julgamento é exatamente a menção do silêncio em plenário.

¹⁸ Ao ser interrogado, o acusado, por óbvias razões, não presta o compromisso legal, podendo não dizer a verdade, sem que tal ato lhe traga consequências jurídicas.

¹⁹ Polastri aponta que a única hipótese legal de inquirição direta no interrogatório consta do Art. 474, §1º, do CPP, referente ao interrogatório prestado na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri (Id., *ibid.*, p. 438).

6. Referências Bibliográficas

- LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 3 ed. Rio de Janeiro: 2009.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PACHECO, Denilson Feitoza. Direito processual penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O RASTRO DESCONSTRUTIVO AO DIREITO CRIMINAL E O NORTE INDESCONSTRUÍVEL DA JUSTIÇA

Igor Pereira'

1. Noções introdutórias; 2. A desconstrução do direito em Jacques Derrida; 2.1. O sofrimento da desconstrução; 2.2. To enforce the Law; 2.3. O fundamento místico da autoridade; 2.4. A desconstrução do direito; 3. Conclusão; 4. Notas; 5. Referências Bibliográficas.

“A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história”.

(Jacques Derrida)

1. Noções introdutórias

O pensamento de Jacques Derrida questiona a presença da justiça no direito. Um sistema jurídico pode conter justizas e injustizas. Não há uma garantia *a priori* da união entre o direito e a justiça. No mesmo sentido, não há um afastamento *a priori* dessas duas categorias, inclusive no campo penal. Tais assertivas podem ensejar uma interpretação relativista do siste-

ma jurídico. O presente artigo tem como objetivo apresentar uma leitura para além da relatividade da filosofia do direito de Jacques Derrida, tendo como enfoque o Direito Penal.

Uma objeção que pode ser feita à desconstrução do direito e do sistema penal é o possível relativismo envolvido em seu processo de desmonte, ou seja, salientar as contradições e as transformações das teorias jurídicas e das decisões judiciais levará à validade de múltiplas perspectivas, dizimando as possibilidades de direcionamentos da jurisprudência e das políticas públicas tangenciantes às leis.

Ocorre que a desconstrução não pode ser obstaculizada. Ela simplesmente acontece. As transformações das estruturas e das teorias estão indissociavelmente ligadas à existência do direito. O direito se desconstrói no tempo. O desmonte faz parte da natureza atual das coisas. O que o desconstrutivista faz é se colocar em uma postura de abertura para a complexidade do direito, sem identificá-lo com a justiça, mas sem dispensá-la diante da sua desidentificação. Ademais, o derramamento da abertura permite a vinda dos discursos e essa chegada acarreta o desmonte do desmonte. Não se deve temer a crítica, quando ela se abre para a vinda de novos discursos.

A atitude desconstrutivista no Direito Penal não é um convite ao relativismo.² Pelo contrário: o que se faz é perceber a complexidade das problemáticas criminais já existentes no mundo da vida. As questões tornam-se imensas, não pela criação ou pelo desejo do desconstrutivista, mas sim pela postura rígida e crítica ao perceber os fenômenos. Nesse sentido, a trilha derridiana é mais segura por permitir a chegada, o aporte, o desassossego dos problemas tratados na ordem e na desordem do sistema criminal. A segurança advinda do reconhecimento de um terreno movediço se situa na possibilidade de poder se preparar, com o intuito de encarar as armadilhas indissociáveis da ousadia de pensar. É preciso ter coragem para se arriscar a realmente compreender as questões penais, mesmo se essa disposição sincera acarretar a ausência de respostas. Não se pode culpar o olhar pela infinidade da paisagem. Colocar uma venda no timoneiro diante de uma tempestade não a faz cessar, apenas joga à própria sorte o destino da embarcação.

Importar-se com a desconstrução é justamente se desviar da queda na escuridão do relativismo, pois ela revela as contradições existentes nos discursos.³ O desvelar das inconsistências, das heterogeneidades e das discrepâncias dos textos criminais permite a observação inquieta de um terreno movediço já existente. A complexidade da vida já está ali, acolá e em todo lugar. O que a postura desconstrutivista faz é perceber as limitações e as

contradições dos discursos, com o fim de intensificar o esclarecimento das coisas. As produções das questões resultantes das investigações do direito penal e das diversas ciências tangenciantes podem causar desconfortos e náuseas aos que buscam um terreno seguro para a legitimação, ou não, do sistema criminal, todavia nada adianta lutar contra esse mal-estar, por meio de uma rebelião em prol de um terreno seguro, pois o que se estará empreendendo é uma maquiagem das problemáticas, para que se possa criar uma unidade lógica de pensamento acerca das questões criminais. Fechar-se para o universo não fará com que ele deixe de existir. Uma atitude mais corajosa é investir no “jogo aberto das possibilidades, desvios, mutações”.⁴

A tática de “sacar um mundo seguro da cartola” apenas esconde as contradições, tomando a forma de um arrojo místico produtor de violências, que desconsidera a dinâmica das críticas e conservações próprias do pensar. Essas violências podem ser levadas a cabo tanto pelos discursos legitimadores do direito penal quanto pelos deslegitimadores, quando se portam como pregadores da verdade, porque a criação de terrenos seguros, tanto de um lado como do outro, estabelecem polos irremediavelmente opostos na política, incitadores da eliminação do adversário. A pretensão de verdade no sistema criminal é letal, na medida em que esse ramo da política e do direito trata – ou deveria apenas tratar – dos valores mais caros e sensíveis demandados pelo rosto do outro e pela sociedade historicamente determinada, considerando as suas partições internas.

Por um lado, essa letalidade se dá no fortalecimento da violência legalizada do Estado contra o crime, o qual poderá dizimar a vitalidade e a liberdade que anuncia proteger, na assunção pura e simples da legitimação do direito penal. Por outro lado, as teorias deslegitimantes desse direito negam a eticidade subjacente aos problemas criminais, no intuito de desestabilizar o direito de punir do Estado, pondo em risco o arcabouço valorativo das sociedades, confundindo a racionalidade-afetividade dos seres humanos em relação ao crime e se omitindo quanto ao perigo da destruição do sistema normativo, sem a existência de uma alternativa possível de reordenamento da vida, caso as suas teorias – que não atingiram o esperado nas tomadas do Estado no século XX – não consigam cumprir o prometido.

Surge doravante a necessidade de se pensar às margens dessas perspectivas eliminatórias. Trata-se de realizar as críticas necessárias às leis penais, porém sem desconsiderar as questões éticas que podem estar subjacentes aos crimes. Estando atento para as desconstruções das legitimações e das deslegitimações do direito penal, para entender e dinamizar as suas trans-

formações contemporâneas. Nas palavras de Ben Mathews, “a desconstrução como uma constante exploração pode contribuir para realçar a lei e a justiça. Inquisitiva ao invés de destrutiva, a desconstrução não deve ser temida.”⁵ Aplicando a lei, mas sem confundi-la com a justiça. Atentando-se para o sofrimento da tarefa de sentenciar, porquanto anunciando a cada dia o esforço para lutar por uma nova decisão. Aperfeiçoando o direito sabendo que a justiça o transborda, para assim aceitar a inundação das transformações, que carrega com ela as suas heranças. Em um impulso que desloca o ser para o outro, considerando as múltiplas maneiras de expressão e vivência, cujas potências limitam o âmbito das proibições, restringindo-as àquelas condutas capazes de colocar em risco os valores mais caros para as forças sociais, que, por sua vez, estão intimamente relacionados à subsistência das comunidades. O Direito Penal, que considera o problema do outro, cuja radicalidade ética abandona o foco na pena unicamente aflitiva, para se descentralizar nos crimes; tornando-se o Direito dos Crimes, responsável pelas diversas maneiras de lidar com os problemas criminais, com a pretensão de mitigar as injustiças, mas sem que com essa tarefa se confunda com a justiça, pois ela se encontra na desconstrução do direito; com ele, para ele e para além dele. Mais uma vez nas linhas de Mathews, “a investigação da desconstrução por Jacques Derrida não pode por si só alcançar a reconstrução. No entanto, a desconstrução permanece desejável, porque pela abertura das percepções poderá haver a inspiração da reconstrução”.⁶

2. A desconstrução do direito em Jacques Derrida

Para que seja possível demonstrar a inexistência de relativismo, no pensamento de Jacques Derrida sobre o direito, faz-se mister a explanação e a reflexão de determinados pontos da sua palestra de abertura – *keynote address* –, realizada no colóquio “A desconstrução e a possibilidade da justiça”, denominada de “Força de Lei: o ‘fundamento místico da autoridade’”, cuja primeira parte foi distribuída na Cardozo Law School, em Outubro de 1989.⁷

2.1. O sofrimento da desconstrução

A primeira questão a ser abordada é o sofrimento intrínseco à desconstrução. A importância desse afeto afasta a possibilidade de o desconstrutivista pensar o direito com frouxidão ou irresponsabilidade. O terreno movediço da desconstrução provoca as incertezas que fazem os processos

decisórios serem difíceis e sofridos. A desconstrução impele um chamado à responsabilidade, por meio do sofrimento na ausência de regras e critérios definitivos, capazes de distinguir de modo inequívoco o direito e a justiça.⁸ Aí está o momento em que o pensamento de Jacques Derrida situa o sofrimento da desconstrução, que inclusive faz com que ela própria sofra; quiçá escancarando as críticas que a compõem e demonstrando a imprevisibilidade dela mesma. Imaginemos o dinamismo do rio grego: a fluidez das águas nunca iguais, em constante fluxo de transformações – entre o devir e o *kairós* -, porém incapaz de desafiar a sua fórmula, que é como uma essência silenciada, inacessível, limitada à escritura H₂O, muito mais do que a representação de um composto químico, que em si também se desmonta em elementos. Essa dinâmica não deixa de ter uma constância, nem se ela estiver unicamente na indeterminabilidade das transformações, que se repete incessantemente, encontrando aí a sua constância e nela a sua herança. Ter consciência dessas quebras é sofrer. É ter dificuldade para decidir diante da complexidade dos problemas enfrentados, cuja completude escapa dos autos do processo, deixando aos atores criminais o enigma do direito: a justiça.

A inexistência de regras e critérios definitivos, diferenciadores do direito e da justiça, leva os atores criminais conscientes desse dilema à ousadia de decidir com responsabilidade, isto é, a imantar a novidade em suas atividades jurídicas, encarando cada processo com cuidado e ineditismo, como se voltando à coisa mesma de cada relação, que não é só jurídica, mas também sociológica, filosófica, antropológica e psicológica. Isso não significa que vale tudo, porém que vale sempre o novo, o qual traz consigo a herança e a tradição. Há uma festejável tensão entre o novo e o antigo, nas trilhas dos progressos e das conservações, que coloca o juiz na tenacidade de progredir, todavia sem esquecer-se da missão de conservar o direito. No entanto, para conservar o direito sem se perder da justiça, é preciso inovar. Ele se perde novamente nesse ir e vir da decisão, que depende da jurisprudência, mas necessita desafiar-lá. O desejo do desconstrutivista é que o caminho do direito mantenha o seu espanto e, quando for necessário, o aconchego, a moradia, o terreno seguro; que essa estada não traga a ilusão da completude, do encontro permanente com a totalidade, visto que estar vivo é se transformar e o desmonte em algum momento virá. Tomar a verdade como uma aposta é diferente de repudiá-la ou negá-la. A mais rígida teoria sofre com a necessidade de se afirmar. E essa afirmação é uma aposta. O que não dispensa ou desqualifica a teoria, apenas a acolhe com a consciência da desconstrução. Observando a fluidez do rio, tentando desvendar

a sua fórmula, porém se espantando com a sua essência e, em determinado momento, calando-se.

Nesse momento e se focando nos críticos, torna-se possível se aproximar do que Derrida quis dizer ao afirmar que a ausência de regras e de critério seguro faz determinadas pessoas sofrerem – “*celle dont souffrent ceux qu'elle fait souffrir*”⁹. Os adversários da desconstrução necessitam das certezas acerca da ilegitimidade ou não do direito, para que possam sustentar os seus posicionamentos ortodoxos, com o intuito de empregar o máximo de violência para eliminar o pensamento e a postura do outro, imbuindo-o com o sinal de inimigo.

Não pretendo associar a ortodoxia com a violência, pois são perfeitamente cabíveis pensamentos ortodoxos que não queiram destruir ou calar, contanto que se limitam a praticar e professar seus padrões, normas e dogmas sem adentrar na esfera da livre expressão do outro e, quando os embates forem imprescindíveis, que sejam tecidos de acordo com os princípios constitucionais do país e sem acarretar a eliminação das diferenças. Violência e ortodoxia se ligam de modo circunstancial, dependendo do conteúdo da rigidez do pensamento e o que ele impõe que seja modificado ou conservado no mundo. Ocorre que a desconstrução fragiliza, a ponto de muitas vezes estancar, o elo entre ortodoxia e violência, de modo que aquela tenha que aprender a árdua tarefa da convivência, uma vez que os seus fundamentos subsistem, mas fragilizados, tendo que atravessar as dificuldades do pensar na corda bamba. A ela estará aberto um horizonte que vai além das escolhas de “sim ou não”, mas que estranhamente não as afasta completamente, apenas apresenta a natureza crítica dessas decisões, retirando-lhes toda a tranquilidade. Diz o filósofo:

É inútil precisar, desde já, que a perguntas colocadas desta forma (“ou isto ou aquilo”, “sim ou não”) não poderei dar nenhuma resposta, em todo caso nenhuma resposta tranquilizadora para quem quer que seja, para nenhuma das expectativas assim formuladas ou formalizadas.¹⁰

2.2. *To enforce the law*

A expressão idiomática da língua inglesa “to enforce the law” foi empregada por Derrida para introduzir o problema da força de lei. A tradução dessa expressão para “aplicar a lei” – *appliquer la loi* –, por não possuir um

equivalente em francês ou em português mais próximo daquela em inglês, propicia a perda da alusão direta e literal à força vinda do interior, que lembra ser o direito sempre uma força autorizada e, portanto, que se justifica ou que tem a sua aplicação justificada, mesmo sendo possível julgar essa justificação injusta ou injustificável.¹¹ Segundo Derrida, a “*enforceability*” não é uma possibilidade exterior ou secundária, que poderia, ou não, juntar-se suplementarmente ao direito, mas sim a força essencialmente implicada no conceito da justiça como direito – *justice comme droit*.¹²

O filósofo chama a atenção para a indispensabilidade da força no direito, afirmando inclusive não ser possível a sua existência sem a força que lhe é intrínseca.¹³ Pensar o direito já é se remeter a uma força autorizada. A uma que é aceita e aparentemente legítima. Querer dispensá-la desnatura o direito, transforma-o em algo sem aplicabilidade ou “*enforceability*”. A justiça como direito, tal como ela se faz do direito e o que o direito faz dela, tem no seu interior, no âmago do seu ser, a força legítima, ou seja, a possibilidade de afirmar o seu conteúdo por uma força autorizada. A sua legitimidade pode ser contestada concretamente, porém recusar a sua existência *a priori* no interior do direito é desnaturá-lo. Uma crítica nesse sentido pode ser compreendida como um convite ao fim do direito, mas não parece ser possível sustentá-la com um enfoque no aperfeiçoamento dele ou na criação de um novo, pois qualquer concepção de direito carregará com ela a aplicabilidade da lei, revelando a sua força intrínseca, seja ela “direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva e hermenêutica, coercitiva ou reguladora, etc.”.¹⁴

Jacques Derrida, entretanto, não encerra a justiça e a lei no direito. Ele arroga a possibilidade de uma justiça, ou até mesmo de uma lei, que não somente o contradiga ou o exceda, mas também que não se refira ao direito ou tenha uma relação tão estranha com ele que possa tanto exigí-lo como excluí-lo.¹⁵ A justiça não se limita ao direito, mas ela não está excluída dele. Há leis situadas e sitiadas para além do direito e que, invocando a justiça, podem exigir que ele seja “*enforced*” ou determinar a sua exclusão. Há uma tensão e uma composição entre justiça e direito.

Em uma primeira leitura, seria possível identificar proposições de relativismo jurídico nessas assertivas derridianas. Nada mais equivocado. É preciso distinguir o esforço filosófico que leva a questionamentos, antes despercebidos, de uma proposta acolhedora de quaisquer direitos e justicas. O desconstrutivista é um formulador de problemas. Ele se abre para a complexidade do mundo, sem temer o desmoronamento do chão, pois sabe que as coisas se desmontam. É o espantamento que permite a reflexão,

a produção, o resgate da inteligência em desafios desconstrutivos à tradição, justamente por ter um profundo respeito a ela, carregando assim as suas heranças. Escancaram-se os espaços das ideias reprimidas. Não se faz mais do que revelar o que já estava lá. O espanto diante do inobservado e do não investigado decorre da força do pensamento, que descobre no mundo novas possibilidades, remetendo-as como problemáticas para o pensador, o observador inquieto de um terreno movediço, inseguro, mas desafiador. A força do pensamento derridiano desperta problemas. A renúncia ao “*play it safe*” comprova a responsabilidade intelectual do desconstrutivista, sendo assim justamente o oposto da fragilidade ou debilidade do pensamento.

Existe positividade nessa desconstrução, pois é a partir dela que há a abertura para o aperfeiçoamento das coisas. É a impropriedade de medir a justiça pelo direito que leva à sua compreensão para além dele, embora seja leviano afirmar a inexistência de um quê de justiça no direito, o qual, pela aplicabilidade (“*enforceability*”) intrínseca ao próprio conceito, revela uma força autorizada. Daí a preocupação de Derrida – crucial para o Direito Penal – em distinguir a força da lei da violência injusta,¹⁶ evitando ainda o risco da autorização de uma força violenta, injusta, sem regra e arbitrária.¹⁷

Esses questionamentos são importantes para o Direito Penal, pois é no seu interior que se encontram as coerções jurídicas mais rígidas. As aflições subjacentes aos crimes e às penas desafiam o jurista a definir se a força é justa ou injusta. Deparamo-nos correntemente com uma gama considerável de violências, que pode culminar na ilusão do afastamento de qualquer direito e, em determinados momentos críticos, de qualquer justiça, uma vez que as consequências de parte das condutas proibidas por ele são difíceis de serem reparadas ou compensadas, acarretando inclusive a irreparabilidade de certos resultados no mundo. O questionamento da sua legitimidade como direito, quando verdadeiramente radicalizado, queda-se em um silêncio. As pretensas “soluções” para os seus problemas mais profundos se limitam a indicar uma carta de intenções, em prol da abolição do Direito Penal, como um alquimista que quer criar a pedra filosofal ou um aventureiro em busca da fonte da juventude. As críticas contra esse direito revelam as violências mais aparentes, mas se perdem na unilateralidade das suas denúncias e no sonho da indesejabilidade dos seus postulados.

Volto a mencionar o silêncio subjacente à legitimidade desse direito. O grito diante do crime, que se cala em face da pena. O protesto diante da pena, que se cala em face do crime. A trágica convivência aparentemente insolúvel entre o crime e a pena, cuja magnitude obriga o investigador a

pensar sobre a natureza humana e da sociedade (estando ciente das armadilhas e dos aprisionamentos que tal pesquisa enfrentará). Assim, dando relevo à ligação na escrita. Conectando o humano e a sociedade, mas mencionando e dando importância a ambos, para que um não possa dominar o outro. É nessa confusão de catarses, seletividades, sofrimentos e irreparabilidades que se é obrigado a compreender o Direito Penal, a entender a legitimidade da sua força e os seus fundamentos. Uma compreensão que dificilmente escapará de uma decisão substancialista ou ideológica, caso seja assumida a possibilidade de tratar diretamente da justiça, em uma abordagem que irá se afirmar como capaz de captá-la completamente. Engendrando o contraponto, Derrida alerta sobre a impossibilidade de se falar diretamente da justiça, sem imediatamente traí-la.¹⁸ É preciso tratá-la de modo oblíquo, para assim permanecer aberta, justa e imprevisível.

2.3. O fundamento místico da autoridade

O tratamento oblíquo da justiça acarretará importantes consequências para o direito. A partir do momento em que se descobre a impossibilidade de se falar diretamente da justiça, tem-se um direito que não pode mais se valer dela impunemente. Ele não mais se legitima por carregá-la e dos seus escritos não poderão ser extraídas as interpretações justas. Com isso não se pretende afirmar a inexistência da justiça no direito, mas sim que o intérprete não poderá se valer da lei para dizer que “isso é justo” ou “aquilo é injusto”. O direito não se remete diretamente à justiça. Essa assertiva não é colocada em razão de um elemento central promíscuo ou pusilânime entranhado nele, constituindo-o e revelando a sua realidade aterradora, tendo a sua identificação o poder de legitimar grupos a se outorgarem da justiça por portarem e anunciarem o bom direito. Essa remissão direta do direito à justiça é impossível, pois ninguém poderá falar diretamente dela.

Ela escapa de quem quiser portá-la, evitando assim a sua utilização para a justificação de um poder absoluto. Se fosse possível falar diretamente da justiça, então existiria uma força absoluta, que seria indesejável, concedendo uma autorização plena à efetivação de sua política e do seu direito. Essa perspectiva exigiria não só a existência do absoluto, como também a certeza acerca da possibilidade de conhecê-lo. Por exemplo, teríamos que pressupor a existência de Deus e de sua mensagem, transmitida diretamente ou por meio de um profeta, e seria ainda imprescindível a certeza sobre o entendimento e a aplicação correta dessa mensagem pelos seus destinatários. A princípio, não se pode negar a possibilidade de tal fenômeno ocor-

rer – sem assumir a existência de outro absoluto que seria a sua negação -, entretanto nada impede que isso seja considerado improvável. Tanto por não haver meios para provar a existência ou a inexistência de Deus, quanto pela extensa diversidade de mensagens sobre a transcendência, que muitas vezes se contrapõem, podendo apenas uma prevalecer diante da outra por meio do recurso à força.

Considerando a impossibilidade de o direito se remeter diretamente à justiça, Jacques Derrida retoma o conceito de Montaigne de fundamento místico da autoridade:

Visivelmente, Montaigne distingue aqui as leis, isto é, o direito, da justiça. A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra “crédito” porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter “místico” da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional. E ainda resta pensar no que significa *crer*.¹⁹

O direito não é respeitado por ser justo. Ele não está diretamente relacionado à justiça, apesar de ela transitar também por ele. É respeitado por um fundamento místico da autoridade. Pelo crédito a ele conferido, em razão de uma força autorizada, que está “misticamente” fundada. Derrida afirma ser essa força performativa – interpretadora –, profundamente complexa, que, nela mesma, não é justa nem injusta. Está-se diante de um momento crucial para a compreensão do pensamento derridiano, merecendo, por essa razão, a citação integral:

O próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica uma força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença: desta vez, não no sentido de que o direito estaria *a serviço* da força, instrumento dócil, servil e portanto exterior do poder dominante, mas no sentido de que ele manteria, com aquilo que chamamos de força, poder ou violência, uma relação mais interna e mais complexa. A justiça – no sentido do direito (*right or law*) – não estaria simplesmente a serviço de uma força ou de um poder social, por exemplo econômi-

co, político, ideológico, que existiria fora dela ou antes dela, e ao qual ela deveria se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. Seu momento de fundação ou mesmo de instituição jamais é, aliás, um momento inscrito no tecido homogêneo de uma história, pois ele o rasga por uma decisão.²⁰

A força performativa, fundante do direito, está na linguagem que o associa à justiça. Para a jusfilósofa Raquel Nigro, o “apelo a valores, na expressão máxima da justiça, é o segredo legitimador do direito. [...] O direito é que, como um enunciado performativo, instaura a própria possibilidade do domínio”.²¹ O enunciado performativo é aquele que não se limita apenas a descrever um fato. Ele, ao expressar o fato, realiza-o. Esse conceito foi trabalhado pelo filósofo da linguagem John Langshaw Austin. Segundo o autor, em alguns casos falar algo é fazer algo.²² Por exemplo, a promessa se faz pelo enunciado. O ato de prometer algo não é somente descritivo, mas primordialmente performativo, pois antes do enunciado não havia promessa, passando a existir a partir do momento em que é falada. No mesmo sentido, não é uma força externa ao direito que o funda, mas ele próprio, que, em enunciados performativos, legitima a lei ao afirmá-la. Ele possui uma força própria, intrinsecamente relacionada às forças políticas subjacentes, mas autônoma em seu atuar performativo.

O escritor Machado de Assis possui um interessante conto, denominado “Um Apólogo”,²³ que possibilita uma melhor compreensão dessa força performativa fundadora do direito. No escrito, conta-se o apólogo de uma agulha e uma linha. A agulha pergunta ao novelo de linha o porquê do seu ar orgulhoso, tão cheio de si. De início, ele tenta fugir da provocação, mas é logo envolvido na disputa de quem é que cose os vestidos da ama. Após a troca de “elogios” básica, típica de interlocutores iniciantes, os argumentos são postos em cena. A agulha, que para alguns é uma agulhinha e para outros é uma agulhona, afirma ser ela a grande responsável pela moda da dama. Afinal, quem é que fura o pano e vai adiante dando forma ao vestido? Diante desse questionamento, o novelo de linha contra-argumenta dizendo irem também os batedores à frente do imperador, realizando o papel subalterno, só mostrando o caminho, enquanto a linha prende, liga e ajunta. A costureira chega e começa a trabalhar na roupa, no entanto as provocações continuam, até que ambas ficam caladinhas ao servir o vestido. Com a obra finalizada, a dama pôs o vestido para o baile, quando a linha para caçoar da agulha perguntou: “– Ora, agora, diga-me, quem é que vai ao baile, no corpo da baronesa, fazendo parte do vestido e da elegância?

Quem é que vai dançar com ministros e diplomatas, enquanto você volta para a caixinha da costureira [...]?”²⁴

Em nossa interpretação, compreenderemos a agulha como os atores políticos relacionados à fundação do direito e às formações das leis, os quais abriram o caminho para o direito, representado no novelo de linha, que, ao se confundir na roupa, novelo não é mais, mas sim linhas do vestido, que se apresentam para a sociedade e com ela interagem. O novelo, como um amontoado de fios têxteis, tem a mesma composição da linha e a ela se confunde, mas na sua performance não se contenta em enunciar a sua natureza de novelo, rasgando-se em linhas e fazendo o vestido, que domina e é dominado pelo corpo. Há quem vá reclamar pela injustiçada agulha, encerrada em uma caixinha, negando o vestido em razão de um ego ferido. Uma mente desconstrutivista e desconfiada talvez perguntasse: por que diabos não se dão conta ou se preocupam com a potência da costureira? Possivelmente pela melancolia de servirem “de agulha a muita linha ordinária!”²⁵

Não podemos nos conter, entretanto, ao recurso imagético suprautilizado, pois essa força performática do direito destina aos seres humanos um silêncio em sua compreensão. O fundamento da autoridade não seria “místico”, se fosse possível compreendê-lo por inteiro. Pois bem, já vimos que, para Derrida, o direito é fundado e justificado por um golpe de força performativo, que nele mesmo não é justo nem injusto. Essa fundação escapa à história dos atores políticos envolvidos na luta pelo (e do) direito, sendo um acontecimento único que rasga qualquer fundação pré-existente, dando margem ao imprevisível e encarnando o descontrole do poder constituinte. Sendo assim, nenhum discurso justificador ou deslegitimador, enquanto justificador da sua ideologia, pode explicar e se apoderar desse direito, assegurando o lugar comum da “velha” (apenas para indicar como o tempo passa rápido) metalinguagem. O discurso está limitado. Perceba que, se formos divagar sobre a verdade, identificar uma limitação é respeitá-la, pois se exime de “chutar” uma resposta substancialista, que posteriormente poderá legitimar uma política violenta para atingir os seus “fins altruístas”. Reconhece-se um limite para o pensamento. Põe-se em um estado de sinceridade interna. O relativismo pode ser encarado também como afirmar intelectualmente proposições substancialistas, excluindo todas as demais que a contrariem, por um simples golpe de força, uma vez que tal atividade demonstra desapego pela complexidade da verdade. A desconstrução provoca exatamente o desvio dessa lógica. Assim, o “místico” reside na limitação do discurso justificador, que está no seu próprio poder performativo. Diz Derrida:

Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem. Eis em que sentido eu seria tentado a interpretar, para além do simples comentário, o que Montaigne e Pascal chamam de *fundamento místico da autoridade*.²⁶

2.4. A desconstrução do direito

Há muito que se falar da desconstrução do direito. Principalmente do Direito Penal, que está em um estágio doutrinário e jurisprudencial de extrema tensão à desconstrutibilidade dos seus campos conceituais. Entretanto, no momento apenas me atenho a dissociar desconstrução e relativismo, abrindo espaço para o desenvolvimento de um pensamento criminal com o marco teórico em Jacques Derrida.

Ao afirmar um direito fundado em uma força performativa, Derrida demonstra a sua desconstrutibilidade, já que ele está “construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis”.²⁷ Essa insegurança vivida pelo direito, refletida em parte na incessante produção legislativa que constantemente o modifica, é a chance do seu progresso. O aperfeiçoamento dele mesmo está na sua possibilidade de transformação, que é aberta pela sua estrutura desconstrutível. Essa produção do direito é inapropriável por quaisquer ideologias políticas, pois elas também são desconstrutíveis. Tal dinâmica o impede de ser estático.

No entanto, Derrida distingue novamente direito e justiça, afirmando que ela, se existir fora ou para além do direito, é a desconstrução e é indesconstrutível.²⁸ O filósofo não torna a desconstrução e a justiça um e o mesmo, tendo em vista que, em sua segunda proposição, escrita na mesma página, afirma: “A indesconstrutibilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde”.²⁹ São conceitos diversos, mas muito próximos, tornando-se um amálgama em determinados momentos, quando a produção e o aperfeiçoamento das coisas se confundem, a nossos olhos, com a justiça. Ademais, deve-se ter ainda atenção às quebras de ritmo do pensador ao escrever obliquamente sobre a justiça (“se existir fora ou para além do direito”, “se algo como tal existe”, “ou com ela se confunde”, etc.), pois tal estratégia demonstra consciência acerca dos limites da linguagem e do conhecimento humano.

Além disso, deve-se deixar bem claro que o pensamento desconstrutivista está ciente dos perigos de ser confundido com uma postura destrutiva

dos cânones e da tradição. Em entrevista concedida a Rogério da Costa, publicada parcialmente na Folha de São Paulo, em 21 de junho de 1992, ao ser perguntado se a história da filosofia é algo que se deve ultrapassar, Jacques Derrida afirma:

Ultrapassar, certamente não. Jamais tive o sentimento de ultrapassar ou de poder ou mesmo de desejar ultrapassar o que quer que fosse. Aqui o que digo eu o sinto de uma maneira concreta e cotidiana. Tenho sempre o desejo de repetir a história da filosofia, sempre me interessa ler Platão, que é sempre novo pra mim, tanto quanto Kant ou Hegel. Logo, é antes uma certa forma de repetição que me parece geradora, é preciso sem cessar recomeçar. Um texto em geral – e um texto de filosofia em particular – não é esgotável; uma vez que se tenha reconhecido nele, como tentei fazê-lo, um certo movimento dominante, uma certa lógica recorrente que possua uma tendência a tornar-se hegemônica (o que chamo o logocentrismo e o falogocentrismo), uma vez que se tenha detectado isso ainda se está longe de se ter esgotado a leitura de um tal texto, porque há nesse texto, também, signos, sintomas, elementos de resistência à hegemonia.³⁰

Na mesma oportunidade, o filósofo franco-argelino reconhece os riscos da desconstrução, portanto estando ciente da responsabilidade envolvida na tarefa:

Há riscos. Nada se pode fazer contra os riscos. Se desejássemos antes de fazer qualquer coisa, tomar precauções contra todos os riscos, não faríamos nada. Portanto, o risco ao qual você se refere existe. Pode haver pessoas, gestos, momentos que levem a fazer da desconstrução um instrumento destruidor, que não deixa nada de pé, que é simplesmente negativo. Claro, a cada vez que pude, protestei contra esta tentação, mas ela existe. Sobretudo quando se tenta instrumentalizar a desconstrução, isto é, transformá-la num procedimento, numa técnica permitindo rapidamente dominar, manipular e abandonar.³¹

Pode-se extrair daí duas questões importantes para o pensamento desconstrutivista. Em primeiro lugar, a desconstrução não envolve um processo de destruição da tradição e nem uma experiência simplesmente ne-

gativa. Há ciência dos riscos envolvidos nela; todavia a assunção deles é importante para que haja avanços no pensamento e responsabilidade nas posturas intelectuais assumidas, sejam elas progressistas, conservadoras ou para além dessa dualidade, minimizando assim as violências empregadas para se fazer valer a verdade de um determinado recorte intelectual. Em segundo lugar, Derrida não propõe a ultrapassagem da história da filosofia, afirmando a desimportância dos clássicos ou qualquer imaturidade semelhante, o que existe é a necessidade da repetição dos textos, visando com isso a uma experiência originária “para si”, permitindo novas leituras que permitiram o desmonte.

Muito ainda precisará ser dito sobre a relação entre a desconstrução e a justiça, porém neste instante – até mesmo para permitir a iterabilidade – limito-me a demonstrar que em Derrida há um norte indesconstrutível, capaz de afastar o relativismo, mesmo ele estando na imensidão da justiça e na própria desconstrução.

3. Conclusão

O Direito Penal hodierno encontra-se imerso em um mar de necessárias teorias deslegitimantes, mas que sucumbem ao exigir do interlocutor a desconsideração dos estudos da ética, da natureza humana, da psicologia e da história das sociedades, para que ele possa se desprender do mundo para alçar voo em um sonho idealista, com um recorte intelectual previamente montado, fazendo uso das ciências para empreender as imprescindíveis críticas ao sistema criminal atual, porém com muita facilidade as dispensando em prol de políticas declaradamente utópicas, recaindo em um viés abolicionista somente sustentável por um exercício de fé.

É justo reconhecer que nem toda crítica ao Direito Penal toma para si a perspectiva abolicionista. Entretanto, boa parte dessas ainda deixam a desejar nas suas proposições, desviando-se a todo custo de assumir a existência de uma sociedade em que o Direito Penal subsista, mas sem defender expressamente a sua abolição, jogando a sua atuação ao limbo, permitindo assim a sua perpetuação ilimitada e marginal, uma vez que só assumem mudanças utópicas. Colocam-se assim em uma posição de imunidade em relação às decisões relacionadas ao sistema criminal, pois quem joga somente na crítica segura diminui imensamente a probabilidade de errar, mas praticamente extermina a margem de acerto, já que se exclui das transformações do presente e das possibilidades de manobra oferecidas pela realidade.

Assim sendo, ao encontrar uma leitura de Derrida crítica do direito, mas não relativista, considero que a desconstrução pode ser um marco teórico importante para pensar a legitimidade do Direito Penal contemporâneo, admitindo uma crítica desse direito, sem confundi-lo com a justiça, todavia enfrentando os problemas éticos subjacentes aos crimes e trabalhando com sociedades historicamente determinadas, para encontrar inspirações para outro direito, que trate das relações criminais, quiçá um direito do outro, sem exigir do interlocutor uma adesão gnóstica a uma verdade esquecida pela história ou se valer dos sofrimentos dos crimes e das penas para justificar uma ideologia da presença, rígida, praticamente imutável, com pouquíssimas aberturas à iterabilidade.

4. Notas

¹ Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público e Privado pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Universidade Candido Mendes – Centro e UERJ. Pesquisador da FGV. E-mail: igor@uerj.br

² Para os fins desse escrito, o relativismo é entendido como uma postura intelectual que refuta a existência da verdade e considera a validade de diversos discursos que aparentemente se contradizem, tornando o conhecimento sobre determinada coisa mutável, dependendo da perspectiva adotada, sem que seja possível aferir qual delas seja a mais correta ou adequada.

³ LAWLOR, 2009, p. 7.

⁴ Id., *ibid.*, tradução livre: “[...] the open play of possibilities, deviations, mutations”.

⁵ MATHEWS, 2009, p. 20: “[...] deconstruction as a constant exploration may contribute to enhancing law and justice. Inquisitive rather than destructive, deconstruction should not be feared”.

⁶ Id. *Ibid.*, p. 23, tradução livre: “Jacques Derrida’s inquiry of deconstruction cannot itself achieve reconstruction. However, deconstruction remains desirable because by opening perceptions it can inspire reconstruction”.

⁷ A segunda parte da obra foi apenas discutida no referido colóquio, tendo sido terminada posteriormente pelo filósofo franco-argelino, sendo lida em 26 de abril de 1990 para a abertura do colóquio “Nazism and the ‘final solution’: probing the limits of representation”, organizado

por Saul Friedlander na Universidade da Califórnia, em Los Angeles.

⁸ DERRIDA, 1990, p. 922: “La souffrance de la déconstruction, celle dont elle souffre ou celle dont souffrent ceux qu’elle fait souffrir, c’est peut-être l’absence de règle et de critère assure pour distinguer de façon non equivoque entre le droit et la justice”.

⁹ Id., *ibid.*, p. 922.

¹⁰ Id., 2007, p. 5. No original (DERRIDA, 1990, p. 922): “Inutile de préciser dès maintenant qu’à des questions posées sous cette forme (‘ou bien ou bien’, ‘oui ou non’), je ne pourrai apporter aucune réponse, en tout cas aucune réponse rassurante pour aucun des deux partis, aucune des deux attentes ainsi formalisées”.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 924: “Quand on traduit en français ‘to enforce the law’, par exemple par ‘appliquer la loi’, on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l’intérieur nous rappeler que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s’appliquer, même si cette justification peut être jugée d’autre part injuste ou injustifiable”.

¹² Id., *ibid.*, p. 924: “L’applicabilité, l’‘enforceability’ n’est pas une possibilité extérieure ou secondaire qui viendrait s’ajouter ou non, supplémentaires, au droit. Elle est la force essentiellement impliquée dans le concept même de la *justice comme droit* [...]” (grifo do autor).

¹³ Id., *ibid.*, p. 8: “Não há direito sem força, Kant o lembrou com o maior rigor”. Essa é uma das passagens inseridas por Derrida após a publicação da obra na revista *Cardozo Law Review*. Essa expansão do texto consta na precisa tradução brasileira de Leyla Perrone-Moisés, que, por essa razão, é utilizada neste artigo.

¹⁴ Id., 1990, p. 926: “Il y a, certes, des lois non appliqués mais il n’y a pas de loi sans applicabilité, et pas d’applicabilité ou d’‘enforceability’ de la loi sans force, que cette force soit directe ou non, physique ou symbolique, extérieure ou intérieure, brutale ou subtilement discursive et herméneutique, coercitive ou régulatrice, etc.”.

¹⁵ Id., *ibid.*, p. 924: “[...] car je veux tout de suite et encore insister pour réserver la possibilité d’une justice, voire d’une loi qui non seulement excède ou contredit Le droit mais qui peut-être n’a pas de rapport avec le droit, ou entretient avec lui un rapport si étrange qu’elle peut aussi bien exiger le droit que l’exclure”.

¹⁶ Id., *ibid.*, p. 926: “Comment distinguer entre cette force de la loi, cette ‘force de loi’, comme on dit aussi bien en français qu’en anglais, je crois, et d’autre part la violence qu’on juge toujours injuste? [...] Qu’est-ce qu’une force juste ou une force non-violente?”

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 928: “[...] le risque d’une autorisation donnée à la force violente, injuste, sans règle, arbitraire”.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 934: “[...] montrer pourquoi et comment ce qu’on appelle couramment La deconstruction, tout en semblant ne pas ‘adresser’ le problème de la justice n’a fait que cela sans pouvoir le faire directement, seulement de façon oblique. Oblique comme en ce moment même, où je m’apprête à démontrer que l’on ne peut pas parler *directement* de la justice, thématiser ou objectiver la justice, dire ‘ceci est juste’ et encore moins ‘je suis juste’ sans trahir immédiatement la justice, sinon le droit” (grifo do autor).

¹⁹ Id., 2007, p. 21. No original (DERRIDA, 1990, p. 938): “Visiblement, Montaigne distingue ici les lois, c’est-à-dire le droit, de la justice. La justice du droit, la justice comme droit n’est pas

la justice. Les lois ne sont pas justes en tant que lois. On ne leur obéit pas parce qu’elles sont justes mais parce qu’elles ont de l’autorité”.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 24 (grifos do autor). No original (DERRIDA, 1990, p. 940): “Le surgissement même de la justice et du droit, le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit implique une force performative, c’est-à-dire toujours une force interprétative: [...] Son moment de foundation ou d’institution même (qui n’est d’ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d’une histoire puisqu’il le déchire d’une décision) [...]”.

²¹ NIGRO, 2004, p. 87.

²² AUSTIN, 1975, p. 12.

²³ ASSIS, 1997, p. 149-151.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 150.

²⁵ Id., *ibid.*, p. 151.

²⁶ DERRIDA, 2007, p. 25 (grifos do autor). No original (DERRIDA, 1990, p. 942): “Il y a là un silence muré dans la structure violente de l’acte fondateur. Muré, emmuré parce que ce silence n’est pas extérieur au langage. Voilà en quel sens jê serais tenté d’interpréter, au delà du simple commentaire, CE que Montaigne et Pascal appellent le fondement mystique de l’autorité”.

²⁷ Id., *ibid.*, p. 26. No original (DERRIDA, 1990, p. 942): “La structure que jê décris ainsi est une structure dans laquelle le droit est essentiellement déconstruc-tible, soit parce qu’il est fondé, construit sur des couches textuelles interprétables et transformables [...], soit parce que son ultime fondement par définition n’est pas fondé”.

²⁸ Id., 1990, p. 944: “La justice em elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du droit, n’est pas

déconstructible. La déconstruction est la justice”.

²⁹ Id., 2007, p. 27. No original (DERRIDA, 1990, p.944): “L’indéconstructibilité de la justice rend aussi la déconstruction possible, voire se confound avec elle”.

³⁰ COSTA, 1993, p. 27.

³¹ –Id., *ibid.*, p. 28.

5. Referências Bibliográficas

ASSIS, Machado. *Várias histórias*. São Paulo: Gobo, 1997. 180 p.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2 ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975. 192 p.

COSTA, Rogério da (org.). *Limiars do contemporâneo – entrevistas*. São Paulo: Escuta, 1993. 97 p.

DERRIDA, Jacques e ROUDINESCO; Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 239 p.

DERRIDA, Jacques. *Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”*. *Cardozo Law Review – Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York, v. 11, n. 5-6, p. 920-1045, jul./ago. 1990. 1733 p.

----- . *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2007. 145 p.

DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (org.). *Às margens – a propósito de Derrida*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/São Paulo: Loyola, 2002. 132 p.

----- . *Derrida e a crítica heideggeriana do humanismo*. In: *NASCIMENTO, Evando (org.). Jacques Derrida – Pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. 352 p.

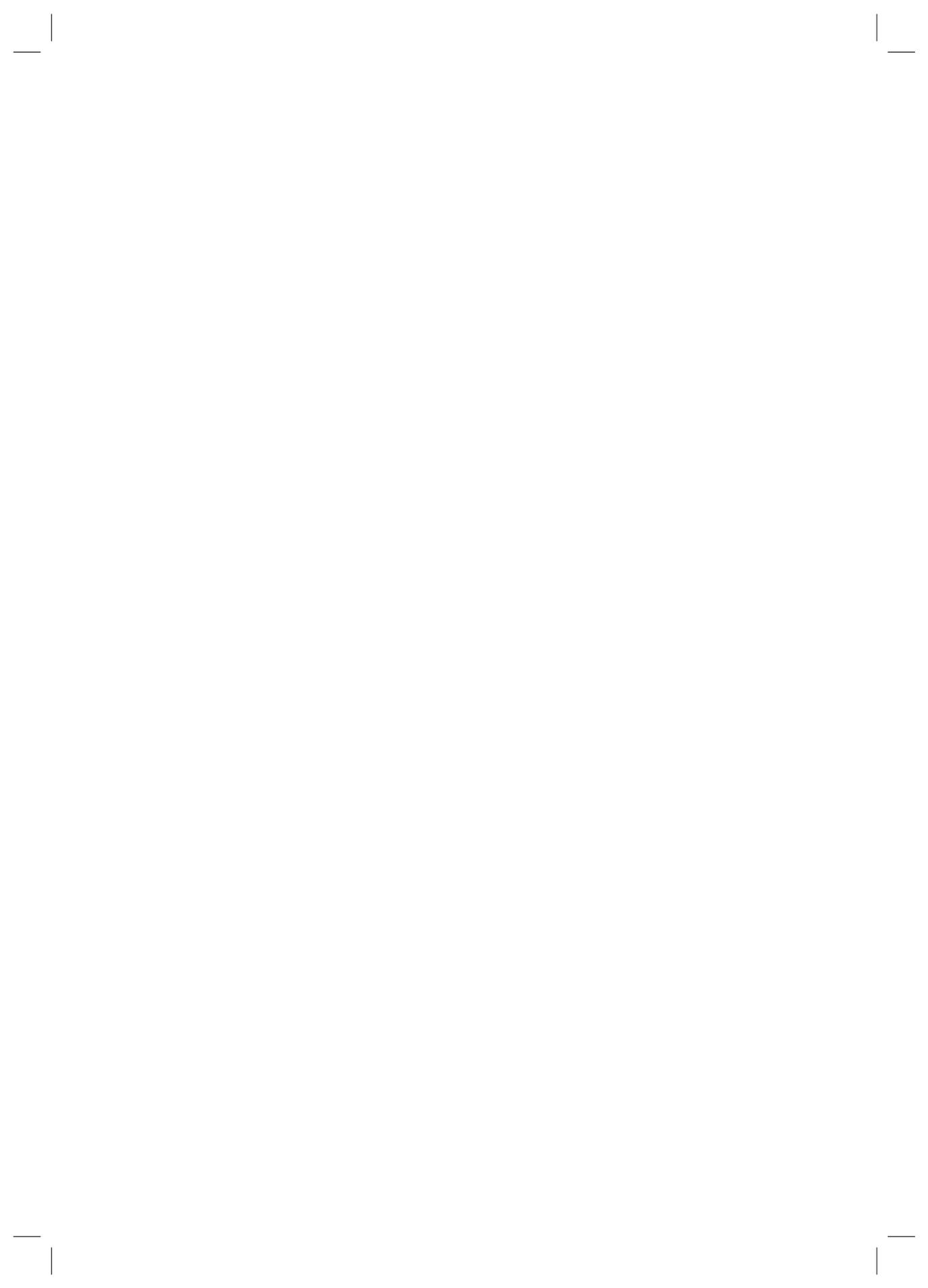
----- (org.). *Espectros de Derrida*. Rio de Janeiro: NAU; Ed. PUC-Rio, 2008. 215 p.

HADDOCK-LOBO, Rafael. *Da existência ao infinito – ensaios sobre Emmanuel Lévinas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/São Paulo: Loyola, 2006. 166 p.

LAWLOR, Leonard. *From the trace to the law: derridean politics*. In: *LEGRAND, Pierre (org.). Derrida and law*. Ashgate: Surrey, 2009. 541 p.

MATHEWS, Ben. *Why deconstruction is beneficial*. In: *LEGRAND, Pierre (org.). Derrida and law*. Ashgate: Surrey, 2009. 541 p.

NIGRO, Raquel. *O direito da desconstrução*. In: *DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (org.). Desconstrução e ética – ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2004. 247 p.



OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL E A DESNECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO PARA SEU OFERECIMENTO

Raphael Corrêa¹

Introdução; 1. Defesa do executado – breves considerações; 2. Os embargos à execução; 2.1. Os embargos de primeira fase e os embargos de segunda fase; 2.2. Ajuizamento dos embargos e suspensividade como efeito; 3. A execução fiscal; 3.1. O procedimento da execução fiscal; 3.2. A defesa do executado; 3.3. Desnecessidade de caução para interposição dos embargos; 3.4. Sucinto esforço histórico acerca da norma em discussão; 4. Conclusão. 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

Introdução

Atualmente, para que seja possível o oferecimento de embargos à execução em procedimento executório de título extrajudicial, em que figura no polo ativo a fazenda pública, faz-se necessário, pelo que disciplina o regramento trazido pela Lei n. 6.380/80,² seja o juízo garantido.

O que vislumbramos demonstrar neste trabalho é que essa norma, como dito, da década de 1980, tratou de repetir a parte referente do Código de Processo Civil de 1973.

Acontece que, com o advento de lei subsequente, que intentou a reforma executiva do mencionado digesto processual,³ algumas especificidades concernentes à defesa do executado sofreram importantes modificações, entre elas, a desnecessidade de garantia do juízo para oferecimento de embargos à execução, o que passou a sugerir o descabimento da Lei de Execução Fiscal em exigir a garantia do juízo para oferecimento desses, entre outros apontamentos que serão adiante declinados.

Sendo assim, percorreremos caminhos tranquilos a dissecar uma maneira interpretativa que, ao que tudo indica, parece se coadunar com o propósito legislativo e com o que se pretende à execução hodiernamente e, sem esquecer também, a defesa do executado, nos moldes dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, celeridade e justiça processuais.

1. Defesa do executado – breves considerações

Como é sabido, o Código Buzaid de 1973, em data anterior às reformas que cuidaram do procedimento executório, tratou da mesma maneira os diversos tipos de execução, seja aquela fundada em título executivo judicial, seja a fundada em título executivo extrajudicial. A regra era a de que o executado, quando citado, dispunha de um prazo de 24 horas para pagar ou nomear bens à penhora.⁴

Caso não houvesse o pagamento, os bens disponíveis eram então penhorados e daí intimado o executado para que, em dez dias, se caso fosse, opusesse embargos à execução.⁵

Referidos embargos, e deste assunto nos ocuparemos mais a frente, possuíam o condão de suspender a execução. Sendo assim, independentemente de se tratar de título judicial ou de título extrajudicial, a defesa do executado era realizada via ação de embargos à execução.

Destarte, vale ainda lembrar, sem o risco de perder o norte sobre o tema, que os embargos à execução eram julgados, decididos em sentença, e, por guardar esta natureza, tal decisão poderia ser desafiada por meio do recurso de apelação – observe que, se rejeitados os embargos, a apelação não seria recebida no duplo efeito.⁶

Dito isso, então, a diferença na execução era pontual e residia, propriamente, na matéria a ser deduzida nos embargos, caso estivéssemos diante de título judicial ou extrajudicial.

Em outras palavras, diante de título judicial, pelo que dispunha o Art. 741 do CPC, em sua redação primeira, o embargante somente poderia alegar falta ou nulidade da citação se a ação correu à revelia. De outro turno, caso estivéssemos cuidando de título executivo extrajudicial, não encontraríamos restrições, também de acordo com a redação originária do Art. 745 do CPC.

Por óbvio, esse tratamento diferenciado assim existia para que respeitássemos a decisão outrora prolatada, no caso do título executivo judicial, não permitindo maiores discussões em momento importuno sobre aquilo já tratado anteriormente.

Com a reforma há pouco realizada,⁷ não existe, como regra, se falarmos em título judicial, processo autônomo de execução, uma vez que estamos agora tratando como cumprimento de sentença mera fase processual.

A sistemática atual a respeito dos títulos executivos judiciais possui regramento próprio a variar de acordo com o direito a ser efetivado para o exequente.

Em síntese, se cuidarmos de cumprimento de sentença, as normas erigidas no Art. 475-J delinearão o tema. Caso estejamos cuidando de obrigação de fazer (inclua-se aqui prestar), a regra própria está no Art. 461. Sendo entrega de coisa distinta de dinheiro, cuidamos do Art. 461-A.

Entretanto, uma vez pretenda o executado defender-se nessa fase processual, não mais o fará via embargos à execução, mas o fará por meio de impugnação, pelo que prescrevem os Arts. 475-L e 475-M.

Uma vez diante de título extrajudicial, o executado, aí sim, poderá utilizar os embargos à execução,⁸ bem como poderá se defender por meio das exceções de incompetência, suspeição e impedimento, bem como também das chamadas exceções de não executividade.⁹

2. Os embargos à execução

Como dito acima, os embargos à execução terão cabimento sempre que estivermos diante de execução que busca a efetivação de título executivo extrajudicial, ou seja, referida execução será deduzida em processo autônomo, por óbvio, e, depois de citado o executado para pagamento em três dias,¹⁰ poderá ele opor embargos à execução – no prazo de quinze dias con-

tados a partir da juntada aos autos do mandado de citação.¹¹ Sendo assim, os embargos à execução são o instrumento próprio para que o executado intente se defender na execução.

Apenas para não caminhar sem a devida atenção, merece comentário, neste momento, a natureza jurídica dos embargos à execução.

Os embargos, como já discutido, ostentam caráter eminentemente defensivo. Guardariam eles a natureza jurídica de instrumento defensivo colocada à disposição do executado.

Entretanto, nossa legislação processual acaba por encerrar seu conceito em *ação*, verdadeiro processo de conhecimento, eis que, uma vez opostos, darão origem a processo autônomo, ainda que conexo, claro, ao processo de execução.

Outra crítica que aqui cabe é que, embora sejam os embargos tratados como *ação*, existe prazo para que sejam interpostos, sob pena de não se poder mais deduzir qualquer defesa, uma vez que preclusa a oportunidade. É nesse ponto que a ação de embargos à execução muito se assemelha à peça de resistência da contestação.

Portanto, seriam os embargos processo incidente, e não incidente processual, à execução que, lembre-se, se perfaz aqui como processo autônomo.

2.1. Os embargos de primeira fase e os embargos de segunda fase

Ultrapassada essa *quaestio*, é preciso pontuar outras duas características que serviram para a doutrina majoritária¹² classificar os embargos à execução sob dois aspectos, mas em relação ao momento em que são opostos: *embargos de primeira fase* e *embargos de segunda fase*.

O primeiro seria aquele apresentado quando da citação, do chamamento para o processo de execução; já o segundo é aquele quando do momento de insurgência à adjudicação, arrematação ou alienação particular.

Vale ressaltar, ainda, que os embargos poderão versar sobre questões que envolvam o mérito, bem como sobre questões processuais.

2.2. Ajuizamento dos embargos e suspensividade como efeito

Como já mencionado, os embargos à execução devem respeitar o prazo de quinze dias para seu oferecimento, prazo esse a contar da juntada aos autos do mandado de citação.

No regramento atual, os embargos podem ser oferecidos independentemente de haver penhora, depósito ou caução,¹³ ou seja, não dependem mais de garantia do juízo, como acontecia na redação original do Código de Processo Civil.¹⁴

Muito embora, então, não seja mais necessária a constrição de bens do executado para que então possa oferecer embargos à execução, esses não trazem, com seu oferecimento, por si só, como regra geral, suspensividade à execução outrora deflagrada.

Diferentemente daquilo que preconizava a redação originária do CPC, no Art. 739, parágrafo primeiro,¹⁵ em que os embargos seriam recebidos sempre com efeito suspensivo.

Portanto, comparativamente, o regramento originário trazia a possibilidade de oferta de embargos à execução desde que observada a garantia do juízo. Assim sendo, a eficácia suspensiva se daria *ope legis*.

No regramento atual, não há mais a necessidade de garantia do juízo para o oferecimento de embargos à execução. Entretanto, não goza o executado, com o simples manuseio dos embargos, do efeito instrumental suspensivo de sustar a execução antes intentada.

Hodiernamente, para que o executado possa usufruir o efeito suspensivo que os embargos à execução podem atribuir àquele processo autônomo executivo, deverá ele preencher certos pressupostos.

Isso significa dizer que, com a alteração legislativa trazida pela Lei n. 11.382 de 6 de dezembro de 2006, nosso regramento partiu em direção ao critério que a doutrina¹⁶ acostumou chamar de *ope judicis* para a suspensão da execução.

Dito isso, caso o executado oponha embargos à execução, precisará esse preencher certos requisitos previstos em lei para que então o magistrado possa se convencer da necessidade de atribuir efeito suspensivo à execução em curso. Os referidos requisitos, que serão objeto da análise e comporão a decisão do magistrado, correspondem aos requisitos genéricos das cautelares: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. O executado necessitará, ainda, de que o juízo esteja garantido.

Portanto, e de maneira resumida, resta hoje o seguinte procedimento: os embargos à execução, para que sejam oferecidos, independem de garantia do juízo. Serão eles distribuídos por dependência, uma vez que estão conexos ao processo de execução, revelando-se, por isso, processo incidente ao processo autônomo da execução.

Além disso, oferecidos os embargos à execução, esses não trazem, *di per se*, a suspensão do processo de execução, o que não significa dizer que o requerente não possa deduzir pedido pela suspensão da execução, desde que, para isso, ostente a duplicidade *periculum in mora* e *fumus boni iuris* e também esteja garantido o juízo.

Uma última ressalva a ser feita é versa sobre a possibilidade de a execução prosseguir ainda que o magistrado tenha concedido o efeito suspensivo quando do oferecimento dos embargos à execução.

Mencionada assertiva encontra assento no dispositivo 475-M, parágrafo primeiro, em combinação com o Art. 598, ambos do CPC, quando requer que o exequente preste contra cautela para que então possa prosseguir em seu intento.

3. A execução fiscal

A execução fiscal encontra disciplina própria regulada pela Lei Federal n. 6.380 de 1980 e sofrerá, de maneira subsidiária, os reflexos das normas típicas do Código de Processo Civil.

Para que a fazenda pública tenha a pretensão de executar um crédito é necessário que tal crédito faça constar em Certidão de Dívida Ativa. A dívida ativa da fazenda pública é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n. 4.320/64.¹⁷

A inscrição deste débito como dívida ativa – daí incluso não somente o principal, mas também a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos – pela fazenda é procedimento que deve ser respeitado de acordo com as normas constitucionais do contraditório, da ampla defesa e de princípios constitucionais norteadores da atividade da administração pública, entre eles a transparência, sob pena de mácula àquele título executivo extrajudicial.

Para que este procedimento deságue na inscrição daquele *quantum debitoris* em favor da fazenda, é necessária a instauração de procedimento administrativo próprio no qual o devedor será notificado para pagar ou para que se insurja, manifestando-se quanto à qualidade ou à quantidade do débito.

Ato seguinte, acaso não tenha havido pagamento, ou as razões de defesa não sejam acolhidas pelo credor, haverá a inscrição daquele débito na *dívida ativa*.

De posse da certidão que documenta aquele crédito, a fazenda terá, em mãos, título executivo extrajudicial,¹⁸ uma vez que a emissão dessa certidão atesta a liquidez e a certeza, fatores essenciais para a caracterização em título executivo.

Sendo assim, pode a fazenda pública pretender executar os bens de seu credor via processo autônomo de execução fiscal uma vez que estaria satisfeita a condição de procedibilidade deste tipo autônomo de processo executivo – a certidão de dívida ativa.

3.1. O procedimento da execução fiscal

Para que possamos discorrer acerca da possibilidade de haver suspensão da execução, é necessário, neste momento, comentarmos, ainda que em apertada síntese, como se dá o caminhar do procedimento da ação de execução fiscal.

A execução fiscal, assim como toda e qualquer ação, terá início com petição inicial dirigida ao juízo competente. Como já anteriormente comentado, é condição *sine qua non* que a peça vestibular venha instruída com a certidão da dívida ativa – aliás, pode a dívida ativa, inclusive, vir no corpo desta petição inicial.

Vale lembrar aqui que é absolutamente aplicável aquilo que dispõe o Art. 615-A,¹⁹ no tocante à possibilidade de requerimento de certidão que constate a propositura deste tipo de ação para fins de averbação nos registros de bens móveis e imóveis do devedor.

Sendo assim, recebida a petição inicial, o magistrado determinará a citação do executado que, uma vez realizada, abrirá a esse prazo de cinco dias²⁰ para pagar a dívida com os juros e a multa de mora, além dos encargos, ou garantir a execução, mediante depósito em dinheiro,²¹ ou ainda nomear bens em nome de terceiros que garantam o pagamento da dívida.

Além disso, citado válida e regularmente, se o devedor quedar-se absolutamente inerte, ou seja, não pagar, não nomear bens à penhora, nem tampouco forem encontrados bens a serem penhorados, o magistrado decretará a indisponibilidade de bens e direitos, com fulcro naquilo disposto no Art. 185-A²² do CTN.

Vale lembrar aqui que, como dito anteriormente, a certidão de dívida ativa abarca tanto dívidas tributárias quanto as não tributárias, e, portanto, como o artigo mencionado há pouco se refere à dívida tributária, há de

ser observada esta peculiaridade, sob pena de tornar indisponível bem ou direito tendo como pano de fundo dívida de caráter não tributário.

3.2. A defesa do executado

Depois de citado e procedido o executado ao depósito daquilo que é devido ou havendo intimação da penhora, poderá ele, no prazo de trinta dias, oferecer embargos à execução.

Em outras palavras, como ocorre nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial, o executado poderá utilizar os embargos como meio próprio e adequado a questionar a execução fiscal então proposta. É este o ponto nevrálgico deste trabalho. Somente o poderá fazer acaso garanta o juízo.

A dinâmica da execução fiscal, no tocante à possibilidade de defesa do executado, é absolutamente diferente da defesa do executado quando diante de execução fundada em título extrajudicial fundada em dívida civil.

Na execução fiscal, somente poderia o executado utilizar técnica impugnatória, e aqui não mais nos preocuparemos com digressões outrora feitas concernentes a ser ela ação ou meio de defesa, caso garanta o juízo. Parece-nos díspare este tipo de tratamento diferenciado, sem justificção plausível, ainda que estejamos tratando de fazenda pública.

A redação do Art. 16 da Lei n. 6.830/80 dispõe, em seu parágrafo primeiro, quando trata do oferecimento dos embargos, que esses não serão admitidos caso o juízo não esteja garantido.

Ao que tudo indica, não deve ser esta a melhor leitura a ser feita acerca deste dispositivo. Não parece ser aquilo que se coaduna com a sistemática atual das execuções, mormente a execução por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de defesa do executado.

3.3. Desnecessidade de caução para interposição dos embargos

Como já debatido anteriormente, houve reforma legislativa²³ que objetivou a alteração do tratamento da execução fundada em títulos executivos extrajudiciais, bem como a defesa do executado.

Neste diapasão, então, pode o executado por dívida civil oferecer embargos à execução, opondo-se, portanto, à execução, independentemente de haver garantia do juízo, seja sob a forma de penhora, caução ou depósito.²⁴

Para que estes embargos sejam recebidos, no entanto, é necessário o respeito a um único requisito: temporal. Os embargos devem ser deduzidos tempestivamente, dentro do prazo de quinze dias a contar da juntada aos autos do mandado de citação.²⁵

Vale lembrar ainda que a figura da garantia do juízo apenas terá cabimento na hipótese de requerimento do executado pela eficácia da suspensão da execução, passo este que se faz necessário sejam preenchidos os requisitos adrede esposados.

Portanto, uma vez oferecidos os embargos à execução, esses não precisam, para ser conhecidos, de que haja garantia do juízo. Entretanto, também não trazem consigo, como efeito automático, a suspensão da execução. Essa, para ter cabida, precisa de que o requerente preencha determinados pressupostos e de que se convença o magistrado da necessidade da suspensão.

Seguindo aquilo que dispõe o Art. 16, em seu parágrafo primeiro, da Lei n. 6.830/1980, não há possibilidade de oferta de embargos acaso não haja prévia garantia do juízo. A garantia do juízo, aliás, é, inclusive, termo inicial para a contagem do prazo de trinta dias para oferecimento de peça de insurgência.

3.4. Sucinto esboço histórico acerca da norma em discussão

Como já tratado anteriormente, o CPC de 1973 tratou de unificar as execuções, não fazendo distinção entre títulos judiciais e extrajudiciais: o devedor era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora. É forçoso lembrar que, até o advento da Lei n. 6.830/80, a execução fiscal também era submetida ao mesmo tratamento disposto no regramento geral.

Sendo assim, também seguia a regra para oferecimento de embargos à execução, qual seja, a garantia do juízo.

Com o surgimento da Lei de Execução Fiscal, passamos a contar com regramento próprio, específico para as execuções para a cobrança da dívida ativa.

O legislador, ao determinar a criação da LEF, entendeu que o poder público carecia de garantias e precisaria gozar de direitos a que a execução geral, civil, não o salvaguardava.

Ocorre que, no ponto específico da possibilidade de oferecimento de embargos com prévia garantia do juízo, o legislador da LEF nada mais fez

do que repetir o regramento geral disposto no CPC. Ou seja, não inovou o legislador de 1980, mas apenas repetiu o *modus* como poderia o executado se insurgir contra execução que, de alguma forma, não acontece de maneira qualitativa ou quantitativamente correta.

Com essas considerações, pretendemos dizer que, muito embora o regramento trazido com a edição da Lei n. 6.830/80 seja específico, já que cuida da fazenda pública e sua execução, ele não cuida de especificidade no tocante à defesa do executado, uma vez que tratou de repetir o ordenamento geral, atinente a todas as execuções quando se referem aos embargos à execução.

Neste momento, temos por certo algumas premissas gerais do direito de que um regramento não é especial, específico, pura e simplesmente porque extracorpóreo a um regramento genérico, mas sim porque cuida de especificidades que a lei mais genérica não fora hábil para cuidar. Por isso a necessidade de regramento que atenda às peculiaridades.

Todavia, não parece que fora com isso, ao menos no ponto cerne de nosso trabalho – a defesa em processo de execução fiscal –, que se preocupou o legislador a fazer.

Nas palavras de Didier Jr.:

a Lei n. 6.830/80 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a fazenda pública.²⁶

Com isso, como não se trata de regramento em específico, mas sim de repetição, cópia daquilo de que já havia disposição neste sentido, o oferecimento de embargos, desde que com prévia garantia do juízo, não é medida que garanta ou respeite as vicissitudes da fazenda pública em juízo, o que acaba por nos levar a crer não ser necessário, neste ponto, o afastamento da lei mais genérica quando diante de lei mais específica sobre o mesmo tema.

Então, neste mesmo raciocínio, uma vez alterada a lei mais genérica,²⁷ não há motivos para subsistir, na lei que trata da execução fiscal, a necessidade de garantia anterior à insurgência defensiva do executado.

Ao que tudo indica, a Lei n. 6.830/80, quando edita a necessidade de garantia do juízo previamente, segue a ideia do dispositivo de lei mais genérica, sem guardar, ou resguardar, nenhuma característica peculiar da fazenda pública.

Portanto, se assim o faz, deve seguir a sorte daquela e, por isso, devemos realizar uma leitura mais condizente, traçando um panorama geral do ordenamento entre as leis que de fato se comunicam, sem, no entanto, chocarem-se: A LEF e o CPC.

4. Conclusão

Diante do exposto, então, advogamos acerca da desnecessidade de garantia do juízo quando estivermos diante da instauração de processo autônomo executivo fiscal, não em desrespeito a aquilo disposto na LEF, mas em respeito à *mens legis* que, quando de sua edição, tratou de reproduzir nos exatos termos a vetusta redação do CPC de 1973.

Ocorre que, diante da alteração introduzida em 2006, não há que se sustentar a obrigatoriedade de garantia para que então o executado possa manejar os embargos e pretender se defender daquela execução outrora deflagrada, o que não significa dizer que, caso pretenda a suspensão da execução, também não precise caminhar paralelamente aos requisitos tratados inicialmente: requerimento do executado, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e a garantia do juízo.

Ademais, ao que parece, a possibilidade de oferecimento de embargos à execução sem a necessidade da garantia é medida salutar que recairá também sobre o credor, beneficiando-o.

Antes da referida reforma do CPC, a oposição dos embargos dependia, como condição de admissibilidade, da anterior garantia. Ocorre que, depois de citado, o devedor somente precisaria apresentar sua defesa nos dez dias subsequentes à intimação da penhora.

No atual regramento, entretanto, depois de citado, tomado conhecimento de que pesa contra ele uma demanda executiva, o devedor tem o ônus de se defender (embargos de primeira fase²⁸) respeitado o prazo a contar da juntada aos autos do mandado de citação, ou seja, logo no início do processo, adiantando uma discussão que somente surgiria mais a frente, sem, no entanto, obstaculizar a execução, uma vez que, se não houver a eficácia do efeito suspensivo, essa continuará no seu caminhar normal – diferentemente do que acontecia antes da reforma, quando apenas após a penhora seria o devedor instado a se manifestar e, se o fizesse de maneira habilidosa, conseguiria procrastinar o direito do exequente/credor.

O procedimento atual, no que salta aos olhos, reduziu a complexidade do procedimento executivo, sendo, portanto, necessário observar essas razões com o fito de adequar a Lei n. 6.830/80 ao recente ordenamento processual civil.

5. Notas

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento – UCAM. Pós-graduando em Direito Empresarial – FGV/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Candido Mendes – Centro. Advogado e Consultor.

² Lei de Execução Fiscal.

³ Lei n. 11.382 de 6 de dezembro de 2006.

⁴ Na redação originária do CPC: “Art. 652. O devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

⁵ Na redação originária do CPC: “Art. 669. Feita a penhora, o oficial de justiça intimará o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias”.

⁶ Art. 520, Inc. V, CPC.

⁷ Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005.

⁸ Pelo que dispõe o Art. 736 e seguintes do Código de Processo Civil.

⁹ Vale frisar que este trabalho somente se ocupará do Embargo à Execução inserto no procedimento próprio da Execução Fiscal.

¹⁰ Pelo que dispõe o Art. 652 do Código de Processo Civil.

¹¹ Pelo que dispõe o Art. 738 do Código de Processo Civil.

¹² DIDIER JR., 2009.

¹³ “Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

¹⁴ “Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I – pela penhora, na execução por quantia certa; II – pelo depósito, na execução para entrega de coisa”.

¹⁵ “Art. 739. Parágrafo primeiro: os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”.

¹⁶ Ob. Cit.

¹⁷ Ob. Cit.

¹⁸ Art. 585, Inc. VII, do Código de Processo Civil.

¹⁹ “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto”.

²⁰ Art. 8, Lei n. 6.830/80.

²¹ Deve obedecer à ordem de preferência determinada pelo Art. 11 da Lei n. 6.830/80.

²² “Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial”.

²³ Lei n. 11.382/2006.

²⁴ Art. 736 do Código de Processo Civil.

²⁵ Art. 738 do Código de Processo Civil.

²⁶ DIDIER JR., 2009.

²⁷ Essa alteração se deu, como já dito, com a edição da Lei n. 11.382/2006.

²⁸ Vale lembrar, como já fizemos anteriormente, que os embargos de segunda fase apenas discutirão o ato jurídico penhora ou outros fatos supervenientes.

6. Referências Bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9 ed., Forense.
- CRETTON, Ricardo Aziz. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DIDIER JR., Ferdie. Curso de Direito Processual Civil. JusPodium. 2009, v. 5.
- FRANA, Elizabeth. Sistema Tributário Nacional. In: Curso de Direito Tributário Brasileiro. GOMES, Marcus Livio e ANTONELLI, Leonardo Pietro (orgs.). Quartier Latin, 2005, v. I.
- NOGUEIRA, Alberto. A reconstrução dos Direitos Humanos na tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- , Teoria dos Princípios Constitucionais Tributários, A nova matriz da cidadania democrática na pós-modernidade tributária. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- HERTEL, Daniel Roberto. Curso de Execução Civil. 2 ed. Lumen Juris.

POLÍTICA CRIMINAL DE SEGURANÇA PÚBLICA EM TEMPOS DE DEMOCRACIA: LIMITES À SOBERANIA ESTATAL

Roberta Duboc Pedrinha¹

Taiguara Libano Soares e Souza²

1. Noções introdutórias; 2. A política criminal de segurança pública no estado do Rio de Janeiro: poder soberano e vida nua nas periferias; 3. O Estado de Exceção como paradigma de governo: segurança pública como metáfora da guerra; 4. Considerações finais; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

1. Noções introdutórias

Neste trabalho, verifica-se, no alvorecer do século XXI, a pertinência do pensamento do mestre italiano Giorgio Agamben aos impasses políticos com os quais se depara o estado do Rio de Janeiro, ao descortinar-se o modelo de segurança pública vigente, especialmente na administração 2007-10, com o maior grau de letalidade empreendida pelas forças policiais. Entre alguns dos principais conceitos manejados pelo referido filósofo, destacam-se o *homo sacer* e o Estado de Exceção. Em nosso universo de

análise, pretendemos aferir a adequação da noção de *homo sacer* à realidade social da vida nua, de indivíduos excluídos, das periferias, dos espaços urbanos do rebotalho que será desenvolvido no primeiro item deste artigo. Já a acepção de Estado de Exceção, pretendemos observá-la no que se refere à indistinção cada vez mais diuturna entre direito e fato, entre norma e exceção, entre o jurídico e o político, no exercício do poder soberano. Esta remete Estado de Exceção - pode ser percebido em práticas impingidas consoante as diretrizes do Poder Executivo, pelas operações policiais, em espaços de refugio, o que será desenvolvido no segundo item.

Este pequeno estudo consiste em utilizar as lentes da filosofia política nos amplos debates propostos pelo autor italiano, - para melhor compreender um fenômeno concreto e cotidiano. Trata-se de perceber as contribuições da potência do pensamento de Agamben à violência institucional que se processa no estado do Rio de Janeiro, em um cenário de grave crise.

Diante desse contexto, ascende o medo, que, no campo subjetivo, atua como terreno fértil, - para que sejam entrevistas as categorias teóricas do autor. O medo funciona como um dos elementos centrais do controle social. Consoante Vera Malaguti Batista: “o medo corrói a alma. Sociedades assombradas produzem políticas históricas de perseguição e aniquilamento”.³

Assim, vivencia-se a institucionalização da cultura do medo, o imperativo do medo, espreado estrategicamente pela mídia em clamor pelo Estado de Polícia.⁴ Eleva-se o senso comum, impregnado da noção de retribucionismo, que almeja a imposição de sofrimento ao desviante, associado à ameaça social, aos excluídos. Nesse diapasão, reforça-se a construção de um quadro bélico de combate ao criminoso, por meio do desenvolvimento de modelos autoritários de gestão de segurança pública. Assim, são produzidas fórmulas imediatistas de resoluções de conflitos, que se respaldam em plataformas políticas eleitoreiras. Essas se utilizam de medidas arbitrárias, de atuações repressoras, para obter o aval da população, em face dos ditos maus, quer dizer, alcançar a permissibilidade da morte de certas categorias, no Estado de Exceção, ou seja, assegurar a matabilidade do *homo sacer*, conforme descrito por Agamben.

Para o autor, em face do desenfreado avanço da “guerra civil mundial”,⁵, -o Estado de Exceção tende a se afirmar como o paradigma de governo hegemônico na política contemporânea. Essa passagem de uma medida provisória e excepcional para uma técnica permanente de governo apresenta. Dessa forma, um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo.⁶ Constitui, assim, um “Estado de Não-Direito”, nada mais do que a res-

posta imediata do poder estatal aos conflitos mais agudos, paradoxalmente como a forma legal do que não pode ser expresso em lei.

Destarte, é no terreno da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, em especial na administração 2007-10, que buscaremos analisar as construções teóricas elaboradas por Agamben, acerca da noção de *homo sacer*, a categoria presente no novo paradigma da política contemporânea, que vivencia, como designado pelo autor, o *Estado de Exceção*.

2. A política criminal de segurança pública no estado do Rio de Janeiro: poder soberano e vida nua nas periferias

Giorgio Agamben resgata o conceito de *homo sacer*, transportando do direito romano arcaico a noção de sacralidade, embora remonte a estudos interdisciplinares, apoiados nos antropológicos.⁷ Nessa esteira, o autor retomou a tese da ambivalência do sacro, não apenas da antropologia, como da psicologia e da sociologia francesa. Rememorou estudos de Lévi-Strauss, Freud, e Durkheim. Com o intercâmbio entre esses três saberes, na questão do cunho do termo sacro, reforça-se a noção etnográfica de ambivalência (como do tabu) aplicada com circularidade na figura do *homo sacer*.

Nesse diapasão, Agamben decidiu interpretar o elemento sacro como “uma figura autônoma, que lança luz sobre a estrutura política que distingue sacro e profano, religioso e jurídico”.⁸ O *homo sacer* é, então, figura do direito romano que pertence a Deus na forma da insacralidade e é incluído na comunidade pela matabilidade. É a absoluta vida nua.⁹ O *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos. A vida cujo morticínio não configura homicídio. É uma vida absolutamente matável, objeto de uma violência que excede tanto a esfera do direito como a do sacrifício. É o indivíduo posto para fora da jurisdição humana. A licitude de sua matança significa que violência não constitui sacrilégio, como no caso dos *sacres*. A exemplo o leitão, que não era sacro, consagrado aos deuses, mas, apenas matável. O porco idôneo ao sacrifício era chamado *sacre*. Daí o termo *sacer*, que representa a vida matável como a do leitão. O *homo sacer* situa-se no cruzamento da matabilidade com a insacralidade, fora do direito humano e do campo divino.

Consoante o autor, a estrutura do sacro ou *sacratio* conjuga dois elementos: a noção de impunidade da matança e a ideia de exclusão do sacrifício. Agamben relembra que as mais antigas maneiras oficiais de aplicação da pena de morte retratavam ritos de purificação. Assim, a distinção da ma-

tança do *homo sacer* das purificações rituais significava o rompimento com a *sacratio*, no âmbito religioso. Ou seja, a proibição da imolação excluía o caráter de vítima consagrada do *homo sacer*, como também correspondia à licitude da matança, uma vez que a violência impingida contra o *homo sacer* não configurava sacrilégio. Portanto, a *sacratio* constituía uma dupla exceção, pois, retirava o âmbito religioso e o profano, o divino e o humano.

Nessa esteira, a vida insacrificável e matável é a vida sacra, que abre um campo de indistinção entre o profano e o religioso. Essa é noção de exclusão inclusiva oferecida por Agamben. Aplicada de maneira que a morte não é classificada como sacrifício e nem como homicídio, execução de condenação oficial e nem mesmo sacrilégio.

Nessa linha, pode-se refletir o modelo de segurança pública do estado do Rio de Janeiro (administração 2007-10), pelas assertivas que partem do poder de decisão do governo, o qual permite matar mesmo sem pena de morte oficializada no país.¹⁰ Vai além, concorda que se mate fora dos casos das escusas jurídicas, uma vez que, em operações policiais com desfecho morte, o direito a autoriza apenas nas hipóteses de legítima defesa e de estado de necessidade. Contudo, assiste-se à disseminação da letalidade da ação policial, com guarida do instituto do auto de resistência, sem que seja, sequer, configurada a hipótese de homicídio.

Cumprе salientar que essa vida matável constitui objeto do exercício do poder soberano, do poder de *imperium*. Assim, deflagra-se a aproximação entre a figura do soberano e a *do homo sacer*, como duas faces simétricas contrapostas, como estruturas correlatas, uma vez que o soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *hominis sacri*. Já o *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos agem como soberano. Nesse prisma, coaduna-se a atuação em brutal descompasso com os direitos fundamentais, pelos aparatos policiais, em nome da garantia da ordem e segurança públicas sob comando dos poderes constituídos do estado.

Com efeito, a categoria *homo sacer*, vivente na vida nua, seria percebida nas periferias e sua juventude pobre que se torna a nova classe perigosa, dos matáveis. Nas palavras de Wacquant, essas categorias ontológicas não mais se associam às condutas criminosas, mas, são elas próprias crimes. Assim, “a manutenção da ordem de classe e da ordem pública se confundem”.¹¹

Logo, todo indivíduo que apresenta a condição de matabilidade é, de certo modo *sacer*, configura forma ilimitada de autorização para matar, como se percebe na banalização do extermínio nas periferias da metrópole

carioca. Como se a vida somente pudesse entrar na cidade pela dupla exceção de matabilidade e insacrificabilidade, pois, trata-se da mera vida nua.

Para chegar a tal constatação, Agamben retoma o conceito de vida dos gregos, segundo o qual a vida compreendia as dimensões de *zoé* e *bíos*. No termo *zoe*, exprimia-se o fato de viver simplesmente, comum a todas as espécies de seres, o que abrangia vegetais, animais e divindades, trata-se, assim, da mera existência biológica. Já o termo *bíos*, que apontava para as maneiras próprias de cada indivíduo ou grupo viverem, trata da idéia de vida digna. A *zoé*, a simples vida natural, era excluída da *pólis* no mundo clássico,¹² de maneira que se verifica a politização da vida nua na medida em que há o ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, isto é, quando a *zoé* se inscreve no campo de inclusão é pela via da matabilidade. Se para Foucault o limiar da modernidade biológica é a inclusão da vida nos cálculos do poder, na passagem do século XVII ao XVIII (a biopolítica),¹³ para Agamben a tese foucaultiana há de ser corrigida:

A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo é, sobretudo o fato de que, lado a lado com o progresso pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originalmente à margem do ordenamento, vem progressivamente coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção.¹⁴

Com a politização da vida, advêm as técnicas políticas, como o policiamento, em que o Estado passa a gerenciar e administrar a vida, exercendo seu poder de controle externo. Portanto, o soberano, por seu poder de *imperium*, leva à morte, que se banaliza nas operações policiais, descortinadas no campo fértil de proliferação do *homo sacer*: a favela.

Nessa seara, nota-se a produção do corpo biopolítico como contribuição original do poder do soberano, em que a vida nua do *homo sacer* passa a ser vida politicamente qualificada. O estudo de Agamben se coloca na intersecção entre o modelo biopolítico do poder e o modelo jurídico institucional. Nota-se que, na política ocidental moderna, é pela exclusão que se

retrata a vida nua. Trata-se de uma exclusão inclusiva da *zoé* na *pólis*. Desse modo, tem-se a politização da vida nua. Para Agamben, a dupla categoria primordial do ocidente é a vida nua/existência política, *zoé/bíos*, exclusão/inclusão, e não o binômio amigo/inimigo abordado por Carl Schmitt. O protagonista da obra de nosso autor é o *homo sacer*, com sua vida nua, matável, insacrificável, revestida de função política, incluída no ordenamento, ainda que pela absoluta matabilidade.

Para Agamben, na política moderna é decisivo o fato de que:

“lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político. Assim, exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato, entram em uma zona de irreduzível indistinção.”¹⁵

Assistimos, nas sociedades pós-democráticas, que a vida nua se configura no novo corpo biopolítico da humanidade. No estado do Rio de Janeiro, diante do modelo de segurança pública adotado na atualidade, a vida se coloca no epicentro da gestão política. Trata-se da biopolítica levantada por Foucault, incorporada e corrigida por Agamben. Assim, a vida passa a ser gerida no campo político e torna-se matável e insacrificável, uma vez que o assassinato, a morte, não constitui nem uma forma oficial de execução, no campo do direito, nem uma forma de sacrifício, no campo religioso. Portanto, o extermínio é mera matabilidade, quase frugal, banal, o que pode ser percebido inclusive nos discursos das agências policiais.

Agamben aponta a nova soberania da biopolítica, como um novo paradigma com deslocamento e progressivo alargamento, para além dos limites da decisão sobre a vida nua. Portanto, a biopolítica converte-se em tânato-política, que se movimenta por setores da vida social, “naquelas ditas vidas indignas de serem vividas”.¹⁶ as quais nem recebem pena e nem recebem direito. Nessa esteira, assiste-se à gestão do governo, ao conduzir seu discurso punitivo legitimador. Facilmente são justificadas as agressões policiais, as “balas perdidas”, as arbitrariedades cometidas, as execuções sumárias, pois, “os pobres agora emprestam seus corpos ao espetáculo do horror, barbarizando e sendo barbarizados”.¹⁷ É a presença do *homo sacer*.

Nesse contexto, nota-se que a representação do *homo sacer* está afeita, de modo mais específico, à categoria incriminada por tráfico de drogas, ou que se submete a esse mesmo estereótipo, nas zonas periféricas. Trata-se do

traficante, que, no imaginário social, de forma simplista, conjuga os elementos mais execráveis. Consiste no alvo preferido das operações policiais, inimigo da sociedade, símbolo do mal, rebaixado da condição humana. O traficante funciona como bode expiatório que é imolado. É uma categoria fantasmática, do jornalismo, da psicologia, não tem cara, é desumanizado. Acompanha-se a brutal execução de milhares de jovens, sem investigação, sem ação penal, sem condenação, sem cumprimento de pena, quer dizer, à pura matabilidade. O *homo sacer* no estado do Rio de Janeiro é o traficante de drogas, ou os que se parecem com ele.¹⁸

Contemporaneamente, presencia-se o elevadíssimo número da matabilidade, sobretudo aos traficantes, em função da política criminal com derramamento de sangue, na expressão cunhada por Nilo Batista.¹⁹ Cumprir reforçar que esse número é incomparavelmente superior ao das pessoas mortas em razão do consumo de drogas ilícitas, o que torna irracional uma política pública que não compreenda a questão das drogas como problema de saúde pública. No Rio de Janeiro, o número de mortos pelas polícias em 2007 atingiu a marca dos 1.330 indivíduos.²⁰ Não é sem motivo que a polícia brasileira, particularmente, do Rio de Janeiro, é a que mais mata, e também a que mais morre, no mundo.²¹

É na vida sacra que a vida nua do *homo sacer* se faz presente, em seu caráter eminentemente político, com ligação essencial sobre a qual se funda o poder soberano. Em contraponto, o imperador é como se tivesse não dois corpos, mas sim uma vida em dois corpos, uma sacra e outra natural. Já o *homo sacer* tem a sua vida nua, residual, que deve ser exposta à morte e excluída, sem nenhum sacrifício ou rito para resgatá-la. Sobre ela reina absoluto o poder da perpetuidade da *dignitas* do governante.²²

Vale a percepção acerca do fato de que categorias aparentemente tão distantes como o soberano e o *homo sacer* reencontram-se, de certa maneira, no estatuto jurídico político, na constituição material. Aquele que mata o *homo sacer* não comete homicídio, pois sua morte representa menos do que o crime de homicídio. Já aquele que mata o soberano comete crime *lesae majestatis*, uma vez que a pessoa do soberano é sacra e inviolável, a sacralidade da vida matável do *homo sacer* que, ainda que às avessas, reverbera. Ainda hoje, de modo semelhante, percebemos que o chefe de Estado (em âmbito federal e estatal) não se submete a processo judiciário ordinário, tendo a sentença especial do Senado ou da Assembleia Legislativa por processo especial. É retirado, portanto, do campo jurídico. Não é sem razão que o chefe do Executivo, bem como seu secretariado, que

estabelecem as diretrizes da gestão de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, mesmo que conduza à matabilidade das vidas nuas, resta imune a eventuais processos judiciais, em decorrência da supremacia do poder de *imperium*, fato esse que fortalece a ordem de matar o *homo sacer*, especialmente, quando se constrói o Estado de Exceção.

3. O Estado de Exceção como paradigma de governo: segurança pública como metáfora da guerra

Agamben enfatiza a obra de Foucault como fundamental para elucidar a relação do homem com o poder. No entanto, o filósofo italiano afirma que Foucault não se debruçou suficientemente sobre dois campos de investigação fundamentais para a compreensão do tempo presente: o direito e a teologia.²³ A fim de desenvolver o primeiro tema, Agamben escreve uma de suas mais marcantes obras, *Estado de Exceção*. A definição chave dessa obra é a máxima de Carl Schmitt, que afirma que o “soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção”²⁴. O soberano está ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico. O estado de exceção, dessa forma, configura-se como uma zona cinzenta, um limite indiscernível entre o político e o jurídico, entre a norma e o vivente.²⁵ Para Agamben, essa dupla natureza do direito parece lhe ser constitutiva. O Estado de Exceção é a tradução de uma espécie de tendência incorrigível do Estado moderno de fazer da exceção a regra, sobretudo na forma da suspensão recorrente da norma jurídica.

O autor afirma que “o Estado de Exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista.”²⁶ O paradoxo consiste em que a exceção não se retira da ordem jurídica, está dentro e fora, inclui excluindo. Na exceção, há inclusão, porém na forma de vida nua, na forma de *zoé*, e não de *bíos*. A exceção é esse conceito limítrofe que não pode ser definida nem como situação de fato, nem como situação de direito.

Desenvolvendo seu estudo a partir de um método genealógico similar ao de Foucault, o autor chega à conclusão de que, em face do desenfreio avanço da “guerra civil mundial”²⁷, o Estado de Exceção tende a se afirmar como o paradigma de governo hegemônico na política contemporânea, mesmo nos regimes ditos democráticos. Essa transmissão de uma medida provisória e excepcional para uma técnica permanente de governo apresenta-se, dessa forma, como um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo²⁸. A exceção seria, portanto, paradoxal em um contexto de

universalização formal dos Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) *paripassu* às violações de padrões humanitários em escala planetária.

Agamben observa dificuldade para se encontrar uma definição jurídica do Estado de Exceção ao longo da história das constituições, visto que a categoria é muito semelhante à guerra civil e ao direito de resistência.²⁹ A própria terminologia acerca de regimes de exceção encontra uma grande diversidade nas tradições jurídicas.³⁰ O termo Estado de Exceção é original da doutrina alemã (*Ausnahmezusand*). Sua abordagem como teoria é inaugurada por Carl Schmitt, no ano de 1921, em *Die Diktatur*.

O entendimento sobre como o Estado de Exceção deve ser abordado pelo ordenamento jurídico também é heterogêneo.³¹ Uma primeira vertente teórica considera o Estado de Exceção integrante do texto normativo. Essa visão subdivide-se em dois ramos: na opinião esposada por Santi Romano, Hauriou e Mortati, o Estado de Exceção pertence ao Direito Positivo; já na interpretação compartilhada por Hoerni, Ranelletti, Rositer, é tido como um elemento do Direito Natural. A segunda corrente, composta por Biscaretti, Balladore-Pallieri e Carré de Malberg, considera o Estado de Exceção um fato extrajurídico.

Carl Schmitt possui uma leitura próxima da segunda corrente, com peculiaridades que lhe são próprias. Para o jurista alemão, o Estado de Exceção expressa um limite próprio ao direito. A exceção - suspensão do direito pelo próprio direito - pode ser decretada pela decisão do soberano extrajurídica.

Nesse ponto, Agamben apresenta suas ponderações ao entendimento de Schmitt em uma nova e elucidativa visão. Para o autor, é impossível pensar a exceção fora do direito, ela não é nem interior nem exterior, localiza-se em uma zona de indiferença entre ambos³². A norma e sua exceção são elementos constitutivos intrínsecos ao direito. Para Schmitt, a exceção é exógena ao ordenamento; para Agamben, a norma brota da exceção (nesse sentido, a exceção é a forma originária do direito).³³

O autor resgata os trabalhos de Tingsten, o qual observa que o Estado de Exceção, como categoria jurídica, foi utilizado recorrentemente pelos regimes europeus após a Primeira Guerra Mundial.³⁴⁻³⁵ São elementos como decretos de plenos poderes e a ascendência do Executivo sobre o Legislativo que levam o Estado de Exceção de uma prática provisória a um paradigma de governo. É impossível pensar a chegada de Hitler ao poder sem o uso e abuso do Art. 48 da Constituição de Weimar.

Entretanto, a ditadura política tradicional dá lugar à ditadura econômica dos mercados. Com as estruturas do Estado-Nação sob ameaça ou em processo de dissolução, o Estado de Emergência se instaura e tende a se tornar a regra.³⁶ A teologia política é sucedida pela teologia econômica, a metafísica é a explicação da incontrolável atuação do mercado, o soberano do mundo capitalista global. Com a supremacia que consolida a soberania dos mercados, volta à cena contemporânea o pensamento de Schmitt e sua concepção acerca do soberano que decide sobre o Estado de Exceção. A exceção passa pelo âmbito econômico³⁷ e permeia toda a esfera social.

Hardt e Negri afirmam que no atual contexto da sociedade mundial de controle, a constituição material biopolítica se define por sua excepcionalidade³⁸. As grandes corporações transnacionais constroem a tessitura política do mundo, a perspectiva monetária perpassa toda dimensão da vida. Por esse olhar, a fonte de normatividade da gestão biopolítica global é extraída de dois elementos: o Estado de Exceção permanente e as técnicas de poder de polícia.³⁹ Nesse mesmo sentido, Paulo Arantes dirá que o atual estado do mundo é o de Estado de Sítio.⁴⁰

Os autores de *Império* anunciam que as sociedades de controle e o biopoder exercem uma função central no atual contexto global. Nas sociedades de controle, os mecanismos de normalização e captura da vida ampliam-se e aprimoram-se. Entre as várias tecnologias de poder aprimoradas, encontra lugar de destaque a segurança pública. É por meio do Estado de Exceção permanente e da militarização crescente que tem sido compreendida a segurança pública.

Nessa esteira, o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do Estado de Exceção, de uma guerra civil de abrangência global que permite a eliminação física tanto de inimigos públicos quanto de categorias inteiras de cidadãos fora da esfera do âmbito protetivo legal. Nas palavras de Agamben, “desde então, a criação voluntária de um Estado de Emergência permanente tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive nos ditos democráticos”.⁴¹ Se na atualidade, a guerra não é mais extensão da política por outros meios, mas, a política por mera continuação da guerra, está evidente que o decisionismo schmittiano está em pleno vigor no auge da globalização do Estado “democrático”.

Ao se debruçar sobre a conjuntura global, pós-11 de setembro de 2001, Agamben não possui dúvidas ao defender que o Estado de Exceção permanente é o anúncio do novo *nómos* da Terra,⁴² o qual tenderá a se espalhar

por todo o planeta.⁴³ O autor compara o significado do aprisionamento de talibãs em Guantánamo com a condição jurídica dos judeus nos campos de concentração do holocausto. Em suas palavras, ambas as situações consistem em “anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”.⁴⁴ O Estado de Exceção permanente é também a dura realidade dos refugiados de guerra e dos imigrantes sujeitos à xenófoba política da União Europeia positivada na nova diretiva para a política de imigração.⁴⁵ Realidade não muito diversa é vivenciada por imensos contingentes populacionais das periferias do Rio de Janeiro, onde a suspensão da ordem jurídica passa a ser encarada com a naturalidade de tornar-se regra em prol de um modelo de segurança pública baseado na metáfora da guerra.

Após a transição da ditadura militar brasileira para a reabertura democrática, a política de segurança pública tem se caracterizado por um processo de militarização que se acentua nos últimos vinte anos, sobretudo no Rio de Janeiro.⁴⁶ O controle social que se efetivava pelas mãos das Forças Armadas passa a ser delegado às polícias. Põe-se em curso um modelo de segurança pública orientado pela metáfora da guerra,⁴⁷ com base em um efficientismo de exceção de inspiração schmittiana.⁴⁸ Para Schmitt a guerra é definidora do político: “a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo”.⁴⁹ Schmitt afirma que “os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico”.⁵⁰

Se os inimigos públicos na Alemanha nazista eram os judeus, ciganos e homossexuais, o inimigo público eleito como ameaça global pela política externa estadunidense será o “terrorista”, de ascendência árabe. Se o inimigo interno do Estado brasileiro nos anos de chumbo era o militante comunista, com a política de segurança orientada pelo discurso de guerra às drogas o alvo letal a ser combatido passa a ser a figura do traficante, em sua grande maioria jovens, negros e moradores de periferia. Para Agamben, no entanto, o par fundamental da política contemporânea não é amigo-inimigo, mas *zoé-bíos*, exclusão-inclusão, vida nua-vida digna.⁵¹

Walter Benjamin ao analisar a origem do direito na violência, considera que o direito tanto é instituído quanto mantido pelo poder como manifestações de violência. Assim, vê na polícia uma instituição privilegiada de expressão dessa mesma violência que está na raiz do Estado moderno.⁵² A instituição policial seria o aparato estatal último garantidor do Estado de Exceção. Desse modo, pode-se compreender porque para a polícia a po-

pulação sempre foi vista como um inimigo a controlar, sobretudo, além de sua existência se dever ao controle social extremo do povo, normalmente identificado nas classes subalternas. Portanto, a afirmação de Benjamin de que “o Estado de Exceção para os oprimidos é a regra”⁵³ torna-se uma profecia da história que nos atinge.

A história da gestão do poder sobre as populações subalternas no Brasil, e em toda a América Latina, parece confirmar a correção de Agamben sobre o pensamento de Foucault, visto que a biopolítica é exercida nas colônias latinas desde 1500.⁵⁴ O fato novo, segundo Agamben, não é a inclusão da vida nos cálculos do poder, mas a coincidência do espaço da vida nua com o espaço do político - a exceção se torna regra, direito e fato entram em uma zona de indeterminação. “O homem como vivente se apresenta não mais como objeto, mas como sujeito do poder político”. Esse é o paradoxo presente na coincidência entre a previsão de direitos e garantias fundamentais e a biopolítica exercida em concreto, a gestão da vida nua. Esse é o ponto-chave do pensamento agambeniano que permite problematizar de maneira radical a crença na plena vigência do Estado Democrático de Direito, como pode se extrair das mais ingênuas leituras das teorias sistêmicas.

Paulo Arantes salienta que, a despeito da normalidade institucional mais ou menos presente na história metropolitana, o fato constitutivo da história da periferia colonial e pós-colonial corresponde ao Estado de Exceção permanente.⁵⁵ Na mesma relação estariam vinculadas as classes confortáveis das elites e as classes torturáveis das periferias. Essa é a marca histórica da seletividade da política criminal no Brasil.

Pretendemos demonstrar que o contexto empregado pelo padrão bélico da segurança pública fluminense se coaduna com o conceito de Estado de Exceção esboçado por Agamben. No entanto, é preciso observar uma importante especificidade: a política de segurança pautada no extermínio não é antecedida de nenhum decreto de “plenos poderes” para autorização da suspensão de direitos fundamentais. Na Alemanha nacional-socialista o argumento para considerar a barbárie do holocausto como respaldada pela legalidade encontrava guarida no Art. 48 da Constituição de Weimar e no Decreto para a Proteção do Povo e do Estado editado por Hitler.⁵⁶ No golpe de Estado da ditadura de 1964, o esforço dos militares para a legitimação legal das atrocidades foi positivado nos Atos Institucionais, sobretudo no AI5. Na política externa estadunidense autoproclamada de antiterror, o *Patriot Act* e a *Military Order* foram dispositivos legais a justificar as arbitrariedades. Na política de segurança beligerante do estado do Rio de

Janeiro não é a constituição formal que autoriza a suspensão e violação de direitos fundamentais, mas a constituição material biopolítica. Dessa forma, a classificação mais adequada acerca desse fenômeno social poderia ser encontrada na expressão Regime de Exceção, e não Estado de Exceção. Assiste-se a um Estado de Exceção de fato e não de direito. Assim, a exceção presente na política de segurança do permanente combate recai na concepção de superioridade constitutiva do *nómos* sobre a lei, do direito material sobre o direito formal. Na lição de Agamben, “o *nómos* em sentido originário é o puro imediatismo de uma força jurídica não mediada pela lei”.⁵⁷

Portanto, a exceção presente na gestão da segurança pública não se caracteriza pela excepcionalidade para produção normativa, mas, sobretudo, para a gestão de políticas públicas de exceção. O Regime de Exceção promovido pela política de segurança fluminense divide a cidade em territórios em que vige o Estado de Direito e espaços de Estado de Exceção de fato - as periferias. Agamben refere-se diretamente ao campo de concentração como a manifestação localizada da exceção, um espaço de produção da vida nua na contemporaneidade. A exceção agora pode ser vista na cidade, nas diferentes distinções produzidas pelo poder dentro de um mesmo espaço, polarizando zonas nobres e favelas. O campo de concentração é, para o autor, um fato de um cenário político ainda atual.⁵⁸ Fenômeno que nasce do Estado de Exceção em razão de situações de grave crise, o campo surge quando a exceção torna-se regra, o espaço em que se aplica de maneira livre o Estado de Exceção. Trata-se de um espaço híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornam-se indiscerníveis.

Aqueles capturados nesse espaço são banidos da vida política e sua condição de humano é reduzida à vida nua. Esse espaço fora do direito pode ser visto, numa sociedade como a brasileira, na hierarquização dos territórios, em que as periferias representam uma área de total indistinção entre direito e fato. A favela está dentro do direito, seus moradores portadores de deveres jurídicos; há, no entanto, a ausência de fato do Estado e uma permanente de suspensão de direitos fundamentais.

A política de segurança baseada na criminalização da pobreza opera por atos de autoridade da decisão do soberano. O *modus operandi* das autoridades políticas do atual governo do estado do Rio de Janeiro é permeado pelo decisionismo schmittiano. Rotineiras são as declarações de cunho repressivo autoritário, como do próprio governador,⁵⁹ ao responsabilizar apenas os policiais pelas consequências humanas da política de segurança beligerante que em verdade, tem como causa o comando, a concepção doutrinária que orienta o *habitus* dos policiais; e do atual secretário estadual de seguran-

ça, ao naturalizar a favela como imaginário do campo de concentração da atualidade.⁶⁰⁻⁶¹

Até a assimilação explícita do racismo de Estado é declarada publicamente pelas autoridades políticas.⁶²⁻⁶³ Foucault já identificara que, para se recorrer ao poder soberano, é inescapável o apelo ao racismo.⁶⁴ Se no Terceiro Reich eram judeus, comunistas e ciganos os alvos da normalização nazista, na política de segurança em curso no Rio de Janeiro, o extermínio recaí sobre jovens, negros e moradores de periferias, sob o véu atenuante do discurso biopolítico de higienização social e segurança pública.⁶⁵ Agamben cita Schmitt ao afirmar que questões como “bom costume”, “segurança e ordem pública” e “Estado de Perigo” não remetem a uma norma, mas a uma situação penetrando invasivamente na norma, a qual, dessa forma, torna-se então obsoleta. Sob a ação dessas cláusulas, todos os conceitos jurídicos se indeterminam.⁶⁶ Muito do que se passa no atual contexto de perigosismo na segurança pública fluminense pode ser mais bem compreendido nessa passagem.

No cenário exposto, o Estado de Exceção passa a pôr em xeque o Estado de Direito. A política de (in) segurança pública deslindada em descompasso com os direitos fundamentais, na medida em que submete um imenso contingente populacional à condição de subcidadãos, configura uma ameaça à própria noção de democracia. A implementação desse verdadeiro Estado Penal de Exceção se dá pela gradativa militarização da crise social, com a incorporação de dispositivos biopolíticos como caveirões, mandados de busca e apreensão genéricos, autos de resistência e incursões bélicas em comunidades.

O recurso às tecnologias de poder ora descritas, bem como outras tentações do clamor punitivo, são elementos constitutivos da constituição biopolítica material - exceção que se tornou regra - suspensão do direito não pela produção normativa, mas pela propagação do novo *nómos* que assume dimensões planetárias na política contemporânea: o Estado de Exceção permanente. Devido ao quadro agudo de violência institucional, recentemente o Brasil figurou como alvo de contundentes críticas de organismos e entidades internacionais.⁶⁷⁻⁶⁸

4. Considerações finais

Na atualidade, em tempos de mortes anunciadas, de tantas vidas nuas desperdiçadas, prevalece o discurso punitivo permeado pela ideologia da

segurança nacional. Tal deslocamento ideológico corresponde à transferência de poder das agências militares para as agências policiais,⁶⁹ ocasião em que o valor liberdade, tão difundido entre os ideais da Revolução Francesa, na construção do modelo jurídico, passa, paulatinamente, a ser suprimido - em decorrência da ascensão do novo valor: a segurança.⁷⁰ Em nome dela, para assegurá-la, nota-se a recorrência ao modelo bélico, que se traduz, especificamente, por meio de uma *guerra suja*, na qual o inimigo não *joga limpo*. Logo, o Estado não estaria obrigado, sequer, a respeitar as leis da guerra. Dessa forma, não é mais necessário respeitar as garantias penais e processuais, ou seja, o próprio direito, de modo que a matabilidade não se insta no campo jurídico, nem mesmo no religioso, - coloca-se bem aquém dos patamares sociais.

Verifica-se que “o tratamento diferenciado implica uma lesão aos limites do Estado de respeito ao cidadão, o que se perfilha bem mais ao Estado Absoluto do que ao Estado de Direito”.⁷¹ Quer dizer, o ponto em discussão “não é se podemos tratar alguns estranhos de maneira diferenciada, porém *se o Estado de Direito pode limitar as garantias e liberdade de todos os cidadãos*”.⁷² Cumpre destacar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece uma opção antropológica jurídica mínima, ancorada na igualdade e na dignidade, além de direitos que excluem qualquer posição transpersonalista ou classificatória.⁷³ Preservar os direitos humanos significa preservar um mínimo ético de cada indivíduo, para que não seja tratado como objeto ou como meio, mas sim como fim, como pessoa. O valor da pessoa humana deverá prevalecer sobre qualquer argumento utilitário, impõe limite à qualidade e à quantidade da pena. Exige direitos e expurga violações e execuções, dos modelos autoritários, dos Estados de Exceção.

Todavia, contemporaneamente, no estado do Rio de Janeiro, assiste-se à biopolítica do totalitarismo na manutenção da sociedade de consumo e do hedonismo. Desse modo, a definição de soberania de Schmitt confirma que soberano é aquele que decide acerca do Estado de Exceção, o qual se tornou regra, e estende-se em escala global configurando o que Agamben refere como o prelúdio do novo *nómos* da Terra.⁷⁴ Ratifica-se pelo sangue e pela morte na sociedade do espetáculo, a desconstrução da cidadania política. Daí a importância de se desmistificar a noção de sacralidade da vida por uma revisão sem reservas, uma vez que tudo o que se deseja é uma reivindicação no sentido de se alcançar a liberação da *zoé* e na transformação da vida nua em forma de vida, quer dizer, para se encontrar o *bíos* da *zoé*, consoante as lições de Agamben.

Em nossos dias, mascaradas nos regimes democráticos, encontram-se as doutrinas do totalitarismo, muitas vezes assimiladas de maneira silenciosa.⁷⁵ Assim como o holocausto foi legitimado pela opinião majoritária da sociedade alemã de sua época, a criminalização da pobreza calcada no “irresistível” discurso do Estado de Emergência conduz a sociedade ao clamor punitivo. As favelas incorporam a figura do campo, marcadas pela anulação do estatuto jurídico do indivíduo, pela matabilidade do *homo sacer* encarnado pelas populações periféricas.

É salutar estar atento às lições da história, para compreender o presente, sobretudo em tempos nos quais, em nome da ordem e da segurança públicas, direitos humanos fundamentais, como a vida e a dignidade, têm sido cotidianamente aviltados.

Em um contexto em que os germes do pensamento político que norteou o cataclismo humanitário do holocausto permanecem vigentes, vale lembrar o oportuno anseio de Walter Benjamin: “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘Estado de Exceção’ em que vivemos é a regra. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade.”⁷⁶

Nesse sentido, o grande desafio posto diante da humanidade na atual quadra é manter acesa a chama de um olhar imanente da história e do direito sem incorrer na barbárie dos regimes totalitários. Assim, poderemos pensar a segurança pública, não pela ótica da exceção e aviltamento, mas como segurança cidadã - como segurança dos direitos; não mais como controle repressivo, e sim como condição e possibilidade de emancipação.

5. Notas

¹ Doutoranda em Sociologia Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ) Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH). Membro permanente da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Ex-coordenadora de Sistema Penitenciário e Segurança Pública da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ). Professora e Coordenadora da Pós-Graduação de Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes - Centro. Professora Concursada de Ciências Penais do Ministério de Justiça (MJ).

² Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Membro do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos – DDH e Membro do Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal da Pós-Graduação de Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes - Centro e da Grauação do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ). Professor de Direitos Humanos Visitante do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

³ BATISTA, 2003, p. 20. “No Brasil, a difusão do medo, do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de exclusão e de disciplinamento planejado das massas empobrecidas. Pois, sociedades rigidamente hierarquizadas

precisam do cerimonial da morte como espetáculo de lei e ordem. O medo é a porta de entrada para políticas genocidas de controle social” (Id e ibidem, p. 51).

⁴ Acerca do Estado de Polícia, vale conferir a obra clássica de Batista e Zaffaroni, *Direito penal brasileiro* (2003, p. 93-4).

⁵ AGAMBEN, 2004, p. 13.

⁶ LOSURDO, 2004.

⁷ Cumpre rememorar que o *parricidium* significava o homicídio de um homem livre. De modo que, se o indivíduo não fosse livre, seria matável, ficando impune o autor da conduta, uma vez que sua morte não caracterizava crime. Opostamente, poderia ser vislumbrado como sagrado, ser inscrito no campo da sacralidade, ser destinado aos deuses, mas apenas em certos casos, em certas mortes (AGAMBEN, 2007, p. 80).

⁸ (Id e ibid, p. 81).

⁹ (Id e ibid, p. 89).

¹⁰ No ordenamento jurídico nacional não há permissão para implantação da pena de morte, em única exceção nos períodos de guerras, de acordo com ao Art. 5º Inciso XLVII, da Constituição Federal: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

¹¹ WACQUANT, 2001, p. 49.

¹² Essa vida natural, segundo Foucault, em sua obra *A vontade de saber*, alega ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder político, transformando-se em biopolítica. O autor constatou, dessa maneira, a importância da vida biológica para o poder do soberano. Hannah Arendt, na obra *A condição humana*, verifica como a vida biológica passa a ocupar, paulatinamente, o epicentro da encenação política.

- ¹³ Sobre o conceito de biopolítica, ver: FOUCAULT, 2005; Id., 1979; Id., 2008.
- ¹⁴ AGAMBEN, 2002, p. 16. Pretendemos elucidar de maneira devida a diferenciação entre Agamben e Foucault acerca do conceito de biopolítica.
- ¹⁵ Ibid, p. 16.
- ¹⁶ Ibid. p. 128.
- ¹⁷ BATISTA, 2005, p. 54.
- ¹⁸ Vale salientar que o estereótipo do traficante perseguido é o do negro pobre, de bermuda e boné, nas periferias. Como se somente lá se vendesse droga, como se a droga fosse a real ameaça à vida.
- ¹⁹ BATISTA, 1998, p. 84.
- ²⁰ ALSTON, 2007, p. 10.
- ²¹ Dados sobre letalidade policial e homicídios a policiais em www.ucamcesec.com.br e www.isp.rj.gov.br.
- ²² O autor partiu de estudos acerca da natureza de perpetuidade, presente em alguns rituais fúnebres. A exemplo os ritos em que a imagem era tratada como pessoa viva, depois era solenemente queimada, por rituais macabros que caracterizavam a perpetuidade da soberania, quando o corpo do rei parecia confundir-se com o corpo matável e insacrificável do *homo sacer*. Em períodos antigos de Roma, o imperador era queimado por duas vezes na pira, uma ocasião *in corpore* e outra *in effigie*. Tratava-se de uma efígie de cera que reproduzia o defunto soberano, visto como se fosse real. A função e a natureza da imagem servem para duplicá-lo e não substituí-lo; como se o corpo do soberano e do *homo sacer* entrassem em zona de interseção e quase se embaralhassem.
- ²³ AGAMBEN, 2006.
- ²⁴ SCHMITT, 2006, p. 1.
- ²⁵ AGAMBEN, 2002, p. 12.
- ²⁶ Id., 2004, p. 16.
- ²⁷ Id., *ibid*, p. 13.
- ²⁸ Id., *ibid*, p. 13.
- ²⁹ Id., *ibid*, p. 12.
- ³⁰ Id., *ibid*, p. 15. Na doutrina francesa prevalecem os termos do decreto de urgência e estado de sítio; na tradição anglo-saxã se fala em *martial law* e *emergency powers*.
- ³¹ Id., *ibid*, p. 38 - 9.
- ³² Id., *ibidem*, p. 39.
- ³³ Id., 2007, p. 34.
- ³⁴ Id., *ibid*, p. 19.
- ³⁵ Id. A Ordem Mundial em Estado de Exceção (Disponível em: www.antivalor.atSPACE.com).
- ³⁶ BERCOVICI, 2004, p. 171.
- ³⁷ Id, *ibid*, p. 171.
- ³⁸ NEGRI e HARDT, 2001, p. 34.
- ³⁹ Id., *ibid*, p. 34.
- ⁴⁰ ARANTES, 2007, p. 51- 60.
- ⁴¹ AGAMBEN, 2004, p. 14.
- ⁴² Id., 2007, p. 43 - 5.
- ⁴³ Para Jean-Claude Paye, o pensamento de Agamben nesse sentido está equivocada. Em sua visão, o Estado de Exceção surge como uma transição que visa a retirar da força de trabalho suas conquistas sociais históricas. O Estado de Exceção não seria a suspensão do direito, mas a instrumentalização do aparato judiciário pelo Poder Executivo em escala global. No entanto, para obter tal conclusão Paye fica adstrito ao tempo presente; e não percebe que o Estado de Exceção é um traço característico de diversos momentos da história da humanidade. Trata-se de uma ontologia do político. SANTOS, 2007, p. 318.

⁴⁴ AGAMBEN, 2004, p. 14.

⁴⁵ Estima-se que 18 milhões estão na condição de imigrantes ilegais na União Europeia. “O parlamento europeu aprovou nesta quarta-feira, 18, sem mudanças, o projeto de expulsão de imigrantes ilegais na União Europeia. A lei determina ainda que os clandestinos poderão ser detidos por até dezoito meses e proibidos de voltar ao bloco pelos próximos cinco anos.” (Disponível em: www.estadao.com.br – 18 de Junho de 2008).

⁴⁶ DORNELLES, 2008, p. 162 - 8.

⁴⁷ Id., Ibid. p. 47.

⁴⁸ Segundo Schmitt, “O Estado de Exceção tem para a jurisprudência significado análogo ao do milagre para a teologia, 1992, p. 62).

⁴⁹ Id., ibid, p. 51.

⁵⁰ Id., ibid, p. 59.

⁵¹ AGAMBEN, 2004, p. 16.

⁵² “A infâmia dessa instituição – sentida por poucos, porque raramente a competência da polícia é suficiente para praticar intervenções mais grosseiras, podendo, no entanto, investir cegamente nas áreas mais vulneráveis e contra os cidadãos sensatos, sob a alegação de que, contra eles o Estado não é protegido pelas leis – consiste em que ali se encontra suspensa a separação entre poder instituinte e poder mantenedor do direito. Do primeiro se exige a legitimidade pela vitória; do segundo, a restrição de não se proporem novos fins. O poder da polícia se emancipou dessas duas condições. (...) A afirmação de que os fins do poder policial seriam sempre idênticos aos do direito restante, ou, pelo menos ligados a eles, é falsa. Na verdade, o ‘direito’ da polícia é o ponto em que o Estado – ou por impotência ou devido às inter-relações imanentes a qualquer ordem judiciária –

não pode mais garantir, através da ordem jurídica, seus fins empíricos, que deseja atingir a qualquer preço.” (BENJAMIN, 1986, p. 160 - 75).

⁵³ Id., 1994.

⁵⁴ AGAMBEN, 2007, p. 16. “A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida, ou pelo menos integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *polis*, em si antiquíssima, [...] [...] decisivo é que o espaço da exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originalmente à margem do ordenamento, vem progressivamente coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato, entram em uma zona de irreduzível indistinção”.

⁵⁵ ARANTES, 2007, p. 163.

⁵⁶ AGAMBEN, 2004, p. 28.

⁵⁷ Id., 2007, p. 39.

⁵⁸ Id., ibid., p. 187.

⁵⁹ “Cabral: PMs envolvidos na morte de João Roberto são insanos e débeis mentais” (O Globo, 10 jul. 2008).

⁶⁰ “Um tiro em Copacabana é uma coisa. Um tiro na Coreia (periferia) é outra” (O Globo, 23 out 2007).

⁶¹ “O secretário Beltrame afirmou, após a operação da Polícia Civil em favelas da Zona Oeste que levou a dozes mortes, inclusive a do menino Jorge Kauã Silva de Lacerda, de quatro anos: ‘Mesmo morrendo crianças, não há outra alternativa’. Esse é o caminho.” (O Globo: 17 out 2007).

⁶² “Após nova operação da PM na Vila Cruzeiro (Complexo da Penha), quando catorze pessoas morreram”, o comandante de policiamento da capital, coronel Marcus Jardim, afirmou a jornalistas

entre risos: “A PM é o melhor inseticida contra a dengue”. Conhece aquele produto, SBP? Tem o SBPM. Não fica mosquito nenhum em pé. A PM é o melhor inseticida social”. (O Globo, 16 abr 2008).

⁶³ “Você pega o número de filhos por mãe na Lagoa Rodrigo de Freitas, Tijuca, Mécier e Copacabana, é padrão suco. Agora, pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal”. (O Globo: 24 out 2007).

⁶⁴ FOUCAULT, 1999, p. 28 - 316.

⁶⁵ “Polícia prepara ação para pacificar o Complexo do Alemão”. (Portal O Globo Online: 24 set 2007).

⁶⁶ AGAMBEN, 2007, p. 179.

⁶⁷ Em novembro de 2007, o relator da ONU, Phillip Alston, esteve ao Brasil e, em relatório parcial, demonstrou profunda preocupação com o elevado número de autos de resistência no Rio de Janeiro (Folha de S. Paulo, 09 nov. 2007).

⁶⁸ “Anistia Internacional: PAC da Segurança pode ameaçar Direitos Humanos”. (O Globo, 28 Mai. 2008).

⁶⁹ ZAFFARONI et al., 2003, p. 59.

⁷⁰ DENNINGER, 2000.

⁷¹ ZAFFARONI, 2005.

⁷² Id., *ibid.*

⁷³ PEDRINHA e RAIZMAN, 2009.

⁷⁴ AGAMBEN, 2002, p. 11 e 111.

⁷⁵ “No testemunho há algo similar à impossibilidade de testemunhar” (Id., 2008, p. 43).

⁷⁶ BENJAMIN, 1994.

6. Referências Bibliográficas

AGAMBEN, G. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Trad.: H. Buringo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. Estado de Exceção – *Homo sacer* II. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. Entrevista a Gianluca Sacco. In.: *Rivista Online, Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*. Giugno-Luglio, 2004, ano I, n. 6-7.

_____. Entrevista concedida a Flávia Costa. Revista do Departamento de Psicologia da UFF. Niterói, jan./jun. 2006, v. 18, n. 1.

_____. O que resta de Auschwitz – *Homo sacer* III. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

ALSTON, Philip. Relatório do relator especial das Nações Unidas, sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias – visita ao Brasil de 4 a 14 de novembro de 2007.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2008 – o estado dos Direitos Humanos no mundo. Porto Alegre: Algo Mais Gráfica e Editora, 2008.

ARANTES, Paulo. Extinção. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARATTA, A. Criminologia crítica e crítica ao direito penal. Trad.: J. Santos. 3ª. Ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. No. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In.: *Revista Discursos Sediciosos*. Instituto Carioca de Cri-

- minologia. Vol.: 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Trad.: M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. Em busca da política. Trad.: M. Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix/USP, 1986.
- _____. Sobre o conceito de história (tese 8). In.: Obras escolhidas. Vol.: 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar. São Paulo: Azougue, 2004.
- CANO, Ignacio. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: ISER, 1997.
- DENNINGER, E. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. In.: Constellation. Vol.: 7. N. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000.
- DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Conflito e segurança pública: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FOUCAULT, M. História da sexualidade I – a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. Em defesa da sociedade. Trad. M. E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. O nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo. São Paulo: Unesp, 2004.
- NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- PEDRINHA, Roberta Duboc e RAZIMAN, Daniel Andrés. Os fundamentos epistemológicos da construção do direito penal do inimigo na contemporaneidade: aspectos nacionais e transnacionais. In.: Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano: homenagem a Evandro Lins e Silva – o patrono da liberdade. Orgs.: PEDRINHA, Roberta Duboc e PINAUD, João Luiz Duboc. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In.: A era da indeterminação. Org.: Francisco de Oliveira. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SCHMITT, Carl. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. O conceito do político. Petrópolis: Vozes, 1992.
- WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- _____. Rumo à militarização da marginalização urbana. In.: Revista Discursos Seduciosos – crime, direito e sociedade. Ano 1. Nos. 15 e 16. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. Vol.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- _____. La legitimación del control penal de los “extraños”. In.: *Dogmática y criminología: dos versiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Legis, 2005.
- www.ucamcesec.com.br
www.isp.rj.gov.br
www.rivista.ssef.it

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE AL DEFICIENTE EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Inés Anunciada D'Argenio'

I – Los cometidos funcionales incumplidos por la administración pública. II – El caso: la pretensión sobre la base de los cometidos funcionales incumplidos. III – La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre responsabilidad extracontractual del Estado: reseña. A. Orígenes; B. Imposibilidad de admisión de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del Código Civil. Admisión posterior sobre la base del hecho de los dependientes; C. El surgimiento del concepto de la deficiente prestación de un servicio público como causa de la obligación de indemnizar; D. La consolidación de la naturaleza pública de la responsabilidad patrimonial del Estado con sustento en principios jurídicos superadores del Código Civil: equidad, justicia y “alterum non laedere”; E. La noción objetiva de “falta de servicio”. IV – Imprecisión del carácter objetivo de la falta de servicio. V – La dispensa de responsabilidad en el caso en análisis. VI – El “juicio” sobre la prestación del servicio y el desconocimiento del deficiente ejercicio de la función administrativa como causa de res-

pensabilidad patrimonial del Estado. VII – La preservación del erario público ante la convicción de la sistemática realidad de esa deficiencia; VIII – Notas.

I - Los cometidos funcionales incumplidos por la administración pública

Un caso resuelto en fecha reciente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, me ha permitido reflexionar acerca de la pérdida de entidad del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado como instrumento idóneo para la consolidación del Estado de Derecho. La trascendencia que en el derecho administrativo se brindó a su nacimiento y desarrollo, producto en Argentina de una excelente labor jurisprudencial, ha quedado opacada hoy con este giro en la doctrina judicial, evidenciado ya en otros precedentes, que obedece a una toma de posición de los jueces frente a un desborde inabarcable de los cometidos funcionales incumplidos por la administración pública.

La instalación de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho público no obedeció naturalmente, a una directa protección de la propiedad privada como objetivo liberal propio de otro ámbito del derecho, sino a la necesidad de brindar respuesta concreta frente al sacrificio especial generado por la inequidad en la distribución de las cargas públicas o por las deficiencias en el ejercicio de la función.

En este último caso, se trata de un procedimiento más de derecho público – en lo específico, de carácter ejemplificador - para lograr el cumplimiento idóneo de los cometidos públicos impuestos por el ordenamiento jurídico, consistente en la reparación de los daños causados por omisión o deficiencia de los deberes funcionales asumidos. Y en tal ámbito, nos inquieta especialmente la omisión o deficiencia en el ejercicio de función administrativa, abordada tradicionalmente a partir de un amplio margen de evaluación de razones de conveniencia confiadas a la administración como rama esencial para la satisfacción del interés público.

II – El caso: la pretensión sobre la base de los cometidos funcionales incumplidos.

En la causa a que me refiero – “Parisi de Fresini, F. c/ Laboratorios Huilen y otros” - una mujer demandó indemnización de daños y perjuicios por la muerte de su esposo, como consecuencia de la ingesta de propóleo

con altas concentraciones de dietilenglicol elaborado por un laboratorio farmacológico. Hizo extensiva la demanda al Estado Nacional por incumplimiento de los deberes legales impuestos por los arts. 11 y 21 de la ley 16.463² y 23 incisos 15 y 10 de la ley 22.520 de Ministerios, esta última, en cuanto impone la “fiscalización de todo lo atinente a la elaboración y distribución de productos medicinales, biológicos, drogas, dietéticos... material de aplicación médica (la enumeración continúa)”. Sostuvo como fundamento de la responsabilidad del Estado Nacional, que las autoridades ministeriales estaban obligadas a fiscalizar en los laboratorios habilitados el fraccionamiento y comercialización del propóleo, arbitrando las medidas conducentes para garantizar la eficacia, seguridad y calidad de los productos en salvaguarda del derecho a la salud de la población y del acceso al consumidor (art. 21, ley 16.493). Invocó la doctrina de la Corte sobre responsabilidad extracontractual del Estado fundada en las previsiones del artículo 1112 del Código Civil y la falta de servicio.

III – La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre responsabilidad extracontractual del Estado: reseña

A. Orígenes

Los orígenes de la responsabilidad estatal por las consecuencias dañosas derivadas del ejercicio de sus funciones son, en Argentina, de naturaleza exclusivamente jurisprudencial; vinculados además a otra cuestión institucional de trascendencia cual fue la posibilidad de interponer demandas contra la Nación³. Las fuentes primitivas fueron pues las demandas procesales en las que se pretendía el resarcimiento y las sentencias judiciales consecuentes. En las demandas, se acudía directamente a las disposiciones del Código Civil referidas a los actos ilícitos (Libro II, Sección II, Título VIII) que consagran a la ilicitud como causa primaria del daño indemnizable, considerando que hay daño siempre que, por causa de esa ilicitud, se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria y dispensando de ilicitud el supuesto del ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal (artículos 1068 y 1071, respectivamente). En especial, las normas fundantes de responsabilidad extracontractual resultaban del Título IX, relativas a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos, en cuyo marco la presencia de la ilicitud se limita a la prueba de la culpa o negligencia en el contexto de las conductas humanas comprometidas. “Todo el que ejecuta un hecho, que

por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”, expresa el artículo 1109 del Código Civil considerado piedra angular en la materia a partir del enunciado de este principio: luego viene el artículo 1113 que consagra el principio de la responsabilidad de las personas por los hechos de sus dependientes o de las cosas de que se sirve, y especialmente, el artículo 1112 que alude a “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales”. Esta última disposición fue considerada por los autores especializados, principalmente REIRIZ⁴, como fuente de responsabilidad objetiva que, en definitiva, se consolidó en el enfoque de derecho público de la responsabilidad estatal. REIRIZ la vincula con la escuela alemana que procuró la directa imputación de los hechos y omisiones de los funcionarios públicos a la persona pública de que se trate en el marco de una concepción orgánica sustentada, entre otros, por Gierke y Jellinek⁵.

B. Imposibilidad de admisión de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del Código Civil. Admisión posterior sobre la base del hecho de los dependientes

Aún considerando al Estado como persona de derecho privado sobre la base de la teoría de la doble personalidad del Estado, se rechazó en un principio la posibilidad de atribuirle responsabilidad fuera del ámbito contractual, en virtud de las disposiciones del Código Civil aplicables en general a todas las personas jurídicas que no admitían tal imputación⁶. En el año 1933 y sin que se hubiese modificado el texto del Código⁷, la Corte Suprema de Justicia condenó al Estado Nacional a indemnizar a una empresa, propietaria de un campo que sufrió daños a consecuencia de un incendio provocado por las chispas de un brasero utilizado en el lugar por una cuadrilla de obreros del Telégrafo Nacional. Dijo entonces, omitiendo toda mención a los artículos del Código que limitaban la responsabilidad de las personas jurídicas en general y remitiendo a los artículos 1109 y 1113 de ese cuerpo, que el incendio impone a quien lo ocasione por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños causados a terceros “extendiéndose esta responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado” (en causa “S.A. Devoto”, sentencia del 22 de setiembre de 1933)⁸. Esta doctrina judicial inicial se consolidó con más firmes argumentos a partir del caso “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires” resuelto por la Corte en 1938 en cuanto, manteniendo la aplicación del artículo 1113 del Código Civil, se

incorporó la doctrina de la *deficiente prestación de un servicio público* diciendo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (artículos 625 y 630 Código Civil; artículos 1109, 1112 y 1113 Código Civil)”⁹. En esta oportunidad, la Corte se pronunció expresamente sobre la inaplicabilidad al caso del artículo 43 del Código Civil extendiendo definitivamente el ámbito de la responsabilidad pública por sobre los límites de la responsabilidad civil, al considerar que cuando el Estado no obra como persona jurídica sino como entidad de derecho público, no es pertinente la invocación del artículo 43 citado, aunque manteniendo la exclusión de responsabilidad para los supuestos en que se tratara de actos de imperio en ejercicio de la soberanía estatal.

C. El surgimiento del concepto de la deficiente prestación de un servicio público como causa de la obligación de indemnizar

El concepto de la deficiente prestación de un servicio público como causa de la obligación de indemnizar, adquirió cierta generalidad, íntimamente vinculado al análisis de la conducta de los dependientes y siempre con la cita indiscriminada de los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil, antes de adoptar la calidad más objetiva de la “falta de servicio”. De tal modo, la Corte condenó a indemnizar al ocupante de un automóvil ajeno a los hechos, herido por un agente de la policía federal mientras se reprimía la comisión de un delito (en causa “José Pedro Gagliardo” del año 1957, con remisión a precedentes que cita y en causa “Abelardo Asunción Irala Arias y otros” del año 1961); por las consecuencias dañosas de la expedición de un certificado erróneo por el Registro de la Propiedad Inmueble (en “Siddi, Andrés” de 1968 y Rosa Cortese de Fada, del mismo año, en el que se introduce la cuestión de la culpa in vigilando y se pondera que la Provincia no probó que el Registro hubiese adoptado todas las medidas a su alcance para impedir la falsificación de una minuta de dominio). Y así continuó decidiendo, en numerosos casos, hasta el año 1984 en que consagró la doctrina de la falta objetiva de servicio en causas “Vadell” y “Hotelera Río de La Plata”.

D. La consolidación de la naturaleza pública de la responsabilidad patrimonial del Estado con sustento en principios jurídicos superadores del Código Civil: equidad, justicia y “alterum non laedere”

La aplicación de las disposiciones del Código Civil para el reconocimiento de responsabilidad estatal se vio complementada en la jurisprudencia de la Corte por principios que comenzaron a ser propios del derecho público, lo cual significó un avance que permite hoy la presencia de un sistema de responsabilidad diferente cuyo carácter objetivo y la dispensa de la ilicitud, configuran en Argentina un amplio ámbito de reconocimiento.

La causa por excelencia en tal sentido que nos suministra especialmente Rodolfo BULLRICH¹⁰, es “Banco de Londres y Brasil c/Fisco Nacional por cobro de pesos”, sentencia del 28 de noviembre de 1918 en la que la Corte reconoció la responsabilidad patrimonial del Fisco, invocando elementales nociones de justicia que consagran el principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro o lesionar sin reparación el patrimonio ajeno.

Si bien tales principios fueron utilizados desde los orígenes de la jurisprudencia de manera general en la materia, su aplicación específica permitió la elaboración de un nuevo supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado basado en actividad lícita, claramente ajena a la responsabilidad civil en cuanto extraña a la antijuridicidad que sirve de fundamento a ésta y con un carácter esencialmente objetivo que elimina de su ámbito el juzgamiento de culpa o negligencia en la conducta de los agentes estatales.

E. La noción objetiva de “falta de servicio”

El concepto de deficiente prestación de un servicio público como causa de la obligación de indemnizar comenzó a perfilarse en el marco de la responsabilidad del Estado por los daños causados por hechos culpables de sus agentes (por ejemplo, en “José Pedro Gagliardo” ya citada) y sustentada, por ende, en la cita conjunta de los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. A principios de 1980 se afirmaba, todavía, que mediaba un compromiso de la responsabilidad indirecta del Estado provincial por el daño causado por quien se encontraba bajo su dependencia, cumpliendo de manera irregular las obligaciones que le competían, evaluándose si había mediado una conducta culpable o dolosa del personal en el desempeño de sus tareas.

En el año 1984 se produce un cambio sustancial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que jalona la concepción de la responsabilidad pública regida por principios propios, definiendo un panorama que se mantiene en la actualidad. Llegado a conocimiento y decisión del Tribunal un caso en el que se responsabilizaba a la Provincia de Buenos Aires por errores registrales en el ámbito de la propiedad inmueble, la Corte remite, para decidir, al enunciado jurisprudencial que expresaba que “quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causase su irregular ejecución”, pero poniendo el énfasis en que tal enunciado refiere a “una idea objetiva de falta de servicio que encuentra aplicación solo a través del artículo 1112 del Código Civil, como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, que no requiere como fundamento positivo acudir al artículo 1113” (en causa “Vadell, Jorge Fernando c. Provincia de Buenos Aires”, 8 de diciembre de 1984). La doctrina judicial así expuesta se perfeccionó en su enunciado en causa “Hotelera Río de La Plata c. Provincia de Buenos Aires”, del 4 de junio de 1985, en la que se especifica que no se trata en tal situación de una responsabilidad indirecta, por cuanto “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, las que deben responder de modo directo y principal por las consecuencias dañosas derivadas de aquella actividad”. La Corte condenó a indemnizar el perjuicio que resultaba para la actora de la irregularidad de una orden impartida en el ámbito de la administración de justicia, considerando responsable a la Provincia por cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias y en la inteligencia de que “esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil”. Entonces, pareció procedente afirmar, sobre tal base, que el Tribunal se inclinaba por recoger la idea de la doctrina y la legislación alemana propuesta por María Graciela REIRIZ en su obra, a la que ya hemos hecho referencia. En tal sentido, es esclarecedor remitirse a Otto MAYER¹¹, quien al ocuparse del tema señala que todo el sistema de relaciones jurídicas entre el poder público y el individuo recibe un complemento final vinculado a los efectos económicos de la actividad del poder público que conviene reunir en un gran principio general a los fines de su regulación y que no se basa en las reglas del derecho civil referentes a la responsabilidad por hechos ilícitos. La responsabilidad, dice MAYER, es siempre la misma y el punto común entre esta institución del derecho civil y la indemnización debida por la administración, es la

idea de “equidad”. En esa concepción, “a partir del momento en que los perjuicios que sufran los individuos dentro de las condiciones de existencia del Estado, afecten a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad, se produce el sacrificio especial que debe indemnizarse por la caja común”. Es ésta la idea de la indemnización debida por la administración que destaca MAYER, y que no se basa en un hecho ilícito sino en la convicción de que la cuestión de la indemnización pertenece totalmente al derecho público; censurando que no se pueda romper francamente con la idea de culpa y que, sobre la base de tal equívoco se reemplaza el verdadero derecho de equidad por construcciones artificiales.

Sin embargo, las consecuencias del enfoque orgánico suministrado por la doctrina judicial en el enunciado de la falta objetiva de servicio expuesto a partir de “Vadell” y “Hotelera Río de La Plata”, estuvo lejos de apartarse de los postulados civilistas del dolo o la culpa de conductas humanas cuando se trata de resolver en cada caso concreto. Y, fundamentalmente, no es utilizada hoy con el alcance de objetividad que la inspira para evaluar el incumplimiento de cometidos públicos como causa de responsabilidad, por el mero cotejo de la realidad de tal incumplimiento en el marco de la legislación que impone tales cometidos. Una clasificación que consideramos deformante entre omisión de mandatos jurídicos determinados o indeterminados, utilizada ahora para evaluar aquel incumplimiento, ha venido a dar cabida nuevamente a la tradicional discrecionalidad, elemento excluyente de la legalidad, ahora como causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado.

IV - Imprecisión del carácter objetivo de la falta de servicio

Transcurrida una década aproximadamente desde la formulación de la doctrina que ponía el acento en la responsabilidad objetiva, la Corte dictó sentencia en la causa “Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otro”, en fecha 28 de abril de 1998. Claudio H. Zacarías, un jugador de fútbol, había sufrido serias lesiones cuando se encontraba en el vestuario correspondiente al equipo visitante, en el estadio del Club Atlético Instituto Central Córdoba. El elemento agresor consistió en una bomba de estruendo colocada por simpatizantes del club local, en una dependencia en desuso destinada antiguamente a las boleterías de venta de billetes de ingreso. El actor atribuyó responsabilidad extracontractual a la administración provincial por falta de servicio y la Corte consideró, sobre tal base, que correspondía examinar el comportamiento de los efectivos policiales y

si tal comportamiento configuró la negligencia que se les atribuía. El Tribunal enfocó de tal modo la cuestión en relación a la responsabilidad del Estado y sus agentes por acto ilícito acudiendo al enunciado original, anterior a “Vadell” y “Hotelera Río de La Plata”, acerca de que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular. Ello, no obstante proclamar que no se trataba de una responsabilidad indirecta “dado que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste”. La confusión a que hacíamos referencia es notoria en esta causa¹², que en definitiva se resuelve dispensando de responsabilidad patrimonial a la Provincia con fundamento en que “la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar”.

En un caso similar, la Corte eximió también de responsabilidad al Estado provincial en cuya jurisdicción se realizó un evento deportivo, por los daños causados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos arrojados desde el club donde aquél tenía lugar, considerando expresamente que el servicio de seguridad, al no estar legalmente definido de modo expreso y determinado, no puede identificarse con una garantía absoluta de indemnidad. Dijo entonces el Tribunal que la policía actuó conforme a un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece y que la mera existencia de un poder de policía correspondiente al Estado es insuficiente para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación (en “Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aires y otros” 6 de marzo de 2007)¹³. También analizó especialmente la irregular conducta de los agentes del servicio penitenciario con motivo del asesinato de un interno apuñalado en una unidad carcelaria, concluyendo esta vez en que tal circunstancia bastaba para comprometer la responsabilidad del Estado provincial pues tal comportamiento de sus dependientes importaba la omisión de sus deberes primarios y constituía una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria (G., C.M. c. Provincia de Santa Fe, 10 de abril de 2003).

Es obvio que en el rechazo a la aceptación de responsabilidad patrimonial del Estado evidenciado en la restricción con que se interpreta la falta de servicio escapando de su carácter objetivo por vía del análisis de

la conducta de los agentes, pesa en la decisión judicial una necesidad de preservación del erario público, porque ante circunstancias similares, en las que se debe analizar la presencia objetiva de la falta cuando se trata de empresas privadas prestadoras de servicios públicos, la conclusión es muy diferente (por ejemplo, en Uriarte Martínez, Héctor V. c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A, sentencia del 9 de marzo de 2010). A la justicia le cuesta aceptar aquella objetividad y la condena de los daños por la mera presencia de la falta de servicio, cuando se trata del deber de seguridad que el Estado debe brindar a los ciudadanos comunes frente a los actos de violencia a los que son sometidos a diario con riesgo de su salud, su vida y su propiedad¹⁴.

Este es el estado de cosas que inspira nuestra reflexión provocada por el caso principal en análisis, que aparece en este devenir incierto que describimos exhibiendo todas las dificultades puestas por la justicia a la aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando ésta tiene causa en el incumplimiento de cometidos públicos.

V – La dispensa de responsabilidad en el caso en análisis

En “Parrisi de Fresini”, el Estado Nacional hizo sus presentaciones en autos poniendo de relieve, entre otras defensas, que el ente descentralizado del Ministerio de Salud, creado por un decreto del año 1992 con la finalidad de otorgar las autorizaciones para la fabricación y venta de todos los medicamentos y formas farmacéuticas, no estaba obligado a ejercer la fiscalización y control sobre el producto mencionado, por no tratarse de un medicamento ni de un alimento, aduciendo que el propóleo no es una droga farmacéutica ni especialidad medicinal que se relacione con la salud. En lo que efectivamente interesa a la cuestión que se encara en este trabajo, adujo que no había responsabilidad por omisión, debido a que no tenía la obligación de ejercer el poder de policía preventivo.

En primera y segunda instancia de la justicia federal se había hecho lugar a la demanda, considerando los magistrados que la responsabilidad del Estado Nacional surgía del incumplimiento de los deberes legales impuestos por las leyes que regían el caso (leyes nacionales 16.463 y 22.520, a las que ya hemos aludido con referencia de los textos pertinentes) y que lo regían, porque el propóleo estaba entre los productos respecto de los cuales debían ejercerse el control y la fiscalización como cometidos públicos atribuidos a la autoridad competente, atendiendo principalmente a la notoriedad con la que el producto circulaba en el mercado farmacológico.

Aplicaron dichos magistrados la doctrina de la Corte sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, fundada en el artículo 1112 del Código Civil y la falta objetiva de servicio. La Corte, por el contrario, dispensó de responsabilidad al Estado Nacional.

Sin abordar detalles fácticos del caso que pondera la sentencia de la Corte – por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal – concentraremos la atención en la utilización, a los fines de la dispensa de responsabilidad, de los enunciados básicos de su propia doctrina acerca de la configuración de la falta objetiva de servicio como causa de esa responsabilidad. Dice la Corte que conforme la línea jurisprudencial desarrollada en sus precedentes, la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad sino que “cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación” (considerando IV del dictamen que la Corte hace suyo). Sobre la base de ese enunciado, y afirmando que “la responsabilidad directa...entraña una apreciación en concreto”, enumera los elementos de juicio a tener en cuenta a esos efectos de la apreciación en concreto, insistiendo siempre en que “no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio”; y considera entonces que debe tomarse en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño¹⁵. Cuatro elementos concretos para la apreciación en concreto, que pierden de inmediato la razón de ser de su enunciado cuando se afirma, anticipando un resultado adverso a la víctima, que “la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado Nacional o provincial no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación”. Afirma, desde el vamos – y sin perjuicio de si el producto propóleo pudiera o no considerarse entre los productos farmacológicos enumerados por las leyes – que “no es razonable pretender que la responsabilidad general del Estado en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. En el marco de la “naturaleza de la actividad” como elemento concreto, descarta así a la omisión en el ejercicio de la actividad administrativa de control y fiscalización de productos vinculados a la salud que la ley atribuye a la autoridad de aplicación en calidad de cometido esencial y razón de ser de su creación, como causa de la responsabilidad patrimonial del Estado. La propia pieza jurídica que analizamos no puede explicar el

porqué de esa dispensa, y entonces, aún aceptando expresamente lo que resulta del texto de las disposiciones legales aplicables, ronda en torno a que el poder de policía sanitaria está legalmente definido de modo genérico “y no se identifica con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos derivados de la acción de terceros”

VI – El “juicio” sobre la prestación del servicio y el desconocimiento del deficiente ejercicio de la función administrativa como causa de responsabilidad patrimonial del Estado

Los argumentos así expuestos para negar responsabilidad al Estado, no son convincentes ni aún para quienes los formulan. De lo contrario, la decisión adoptada no insistiría en la trascendencia de los precedentes que enuncia ni, principalmente, en la reiteración de otras argumentaciones conexas que no brindan convicción a la solución adoptada¹⁶. Insiste la sentencia en que “no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio”, poniendo énfasis en el carácter objetivo de la falta de servicio, para concluir luego en que la legislación aplicable no imponía a la autoridad administrativa obligada a la gestión de esa ley, la obligación concreta de garantizar la eficacia, seguridad y calidad de los productos a que se refiere “en salvaguarda del derecho a la salud de la población”.

La única certeza que otorga este análisis es que en el ámbito de la justicia se ha adquirido convicción de la generalidad con que se verifica en la realidad el incumplimiento efectivo y sistemático de la gestión administrativa del derecho. Las falencias de la administración pública son tantas y tan sistemáticamente continuas en Argentina¹⁷, que resulta alarmante la mera posibilidad de que el Estado nacional o las provincias deban indemnizar los daños derivados del deficiente ejercicio de la función administrativa. Toda la estructura burocrática del Ministerio de Salud está montada “en salvaguarda del derecho a la salud de la población”. Sin ese objetivo, no tendría razón de ser como estructura burocrática y éste es el único “juicio” posible sobre la prestación del servicio que en el caso fue absolutamente deficiente, porque no se ejerció de manera preventiva el contralor y la fiscalización de un producto de circulación farmacológica, elaborado en un laboratorio de productos medicinales habilitado en ejercicio de esa función de contralor y fiscalización. La negación de la responsabilidad patrimonial consecuente por la omisión del adecuado ejercicio de esos cometidos públicos solo encuentra en el fallo de los jueces una motivación no expresada:

la preservación del erario público ante la convicción de la presencia en la realidad, de una sistemática deficiencia en el ejercicio de función administrativa. Con lo cual, corre grave riesgo la permanencia misma en el sistema argentino, del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. O, de permanecer – como lo hace – corre grave riesgo de inequidad sometido a una oscilación inexplicable de los fundamentos utilizados para resolver en un sentido o en otro, desdibujando siempre el contenido de la falta de servicio en su configuración objetiva enunciada como principio general.

VII – La preservación del erario público ante la convicción de la sistemática realidad de esa deficiencia

El incumplimiento de los cometidos públicos impuestos a la administración por mandatos legales en los últimos años, ha adquirido en Argentina una dimensión inimaginable. Ello sumado a la ausencia de información adecuada sobre el destino de los fondos públicos, principalmente los incorporados al erario luego de la estatización de los fondos de las cuentas de capitalización individual del sistema de previsión social. No hay transparencia, ni participación ciudadana, ni rendición de cuentas, ni encuestas de resultados, en infracción a todas y cada una de las disposiciones de las convenciones supranacionales de lucha contra la corrupción suscriptas por nuestro país y aprobadas en el orden interno por leyes del Congreso. Por eso insistimos en el curso de este trabajo acerca de la inquietud que genera la exaltación que se hace ahora en el ámbito de la responsabilidad del Estado de elementos, tales como la “indeterminación” de los mandatos jurídicos impuestos a la administración pública, para juzgar si ha mediado omisión o deficiencia en el ejercicio de función administrativa. No parece acertado hurgar en el arcón del derecho administrativo autoritario para abordar la evaluación de la deficiencia en el cumplimiento de cometidos públicos, como causa de responsabilidad patrimonial, a partir de un amplio margen de razones de conveniencia confiadas tradicionalmente a la administración como rama esencial para la satisfacción del interés público. Si este enfoque nos ha conducido, al menos en Argentina, a una ausencia evidente de oportuna y adecuada gestión del derecho por parte de la administración pública, que considera librada a su arbitrio la efectividad de esa gestión, resulta paradójico trasladarlo al ámbito de la responsabilidad del Estado para dispensar a la administración de asumir la responsabilidad patrimonial consecuente del fracaso de esa gestión. Este es el único efecto que produce la idea de que la administración está librada a su propia

discrecionalidad en el modo de definir la satisfacción del interés público, configurado en la norma de superior jerarquía que debe ejecutar.

La misma Corte Suprema de Justicia ha realizado en los últimos cinco o seis años una magnífica labor en el marco de su función de juzgar en materia administrativa, elaborando la posibilidad de un nuevo litigio de derecho público, superador del tradicional contencioso administrativo, en el que sea posible la condena judicial a la efectiva gestión administrativa del derecho omitida por la administración pública¹⁸. En ese ámbito, y reconociendo expresamente que la función de juzgar constituye un “deber jurisdiccional” en la materia frente a la omisión administrativa en la ejecución de los mandatos resultantes del ordenamiento jurídico, ha condenado al cumplimiento del Programa Nacional de Nutrición y Alimentación creado por la ley 25.724, mandando asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas de menores que habitan un barrio típico del fenómeno de la exclusión social – denominados comúnmente “villas miseria” – y realizar controles médicos permanentes sobre la evolución de la salud de esos menores. También ha condenado al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco a suministrar agua potable y alimentos a comunidades indígenas desprovistas de los elementos básicos para la preservación de su derecho a la vida y a la salud. En la misma línea, mandó a la Autoridad de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a cumplir un programa de saneamiento definitivo de esa cuenca – fijando objetivos concretos y obligando a informar sobre el cumplimiento de esos objetivos - al que considera como “un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la ley general del ambiente¹⁹”, luego de formular severas objeciones al plan presentado por la demandada; y condenó al Estado Nacional a la ejecución de una obra pública eficaz para evitar un riesgo cierto, consistente en la construcción de una represa sobre el Río Neuquén para evitar desbordes que pudieren afectar a las poblaciones aldeanas.

La condena judicial a la realización de acciones positivas por parte de la administración pública para el cumplimiento específico de los mandatos que le son impuestos por normas superiores y que resultan sistemáticamente incumplidos, constituye el instrumento más idóneo para sustituir al instituto de la responsabilidad del Estado que se presenta, tardíamente, frente al daño ya configurado por inoperancia de la administración. Es imprescindible revisar la incidencia actual de la responsabilidad patrimonial del Estado y su mantenimiento como procedimiento de derecho público de

carácter meramente ejemplificador y tardío para la realización efectiva de los cometidos públicos. Con solo pensar en la posibilidad de una demanda judicial tendiente a la reparación de los daños irreversibles en la salud de los niños desnutridos en Argentina, con las consecuentes violaciones a los derechos de igualdad de oportunidades en la educación proclamados en las legislaciones específicas, concluiremos en la inoperancia de este instituto tradicional y en la limitación concreta que implica disponer de fondos para indemnizar luego de haber desviado por corrupción o ineficiencia, los fondos destinados a la oportuna satisfacción de los derechos esenciales.

VIII – Notas

¹ Profesora de Post Grado en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de La Plata. Ex Directora de Asesoría Jurídica del Tribunal de Cuentas de la Nación. Ex Secretaria de Demandas Originarias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

² Parece importante referir al marco de derecho positivo en el que corresponde ponderar el alcance de los cometidos públicos impuestos y sobre tal base, si procede la responsabilidad del Estado por deficiente cumplimiento de tales cometidos: Ley nacional 16.463, Medicamentos, Boletín Oficial 8 de agosto de 1964, cuyo artículo 1º somete a sus normas y a los reglamentos que en su consecuencia se dicten, “la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial, de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana y las personas de existencia visible o ideal que intervengan en dichas actividades”; y en las disposiciones citadas en el texto – tomado del relato de la Procuradora Fiscal al que la Corte se remite en su sentencia – se establecen los deberes de las autoridades administrativas competentes en el marco de aplicación transcrita, principalmente referidos al contralor de los establecimientos habilitados, en las condiciones que establezca la reglamentación, atendiendo a “razonables garantías técnicas en salvaguarda de la salud pública”. La ley prohíbe, entre otras conductas, la realización de cualquiera de las actividades mencionadas en el artículo 1º en violación de las normas que regla-

mentan su ejercicio “conforme la presente ley”, y la elaboración, tenencia, fraccionamiento, circulación, distribución y entrega al público de productos impuros o ilegítimos, y estatuye acerca de la competencia de la autoridad de aplicación para el ejercicio de las técnicas de policía a efectos de sancionar la infracción a tales deberes.

³ En un principio se exigía como condición para demandar la autorización expresa a ese efecto por ley del Congreso (requisito denominado “venia legislativa”), regulada luego por la ley 3952 de principios del siglo XX que distinguía a los fines de esa autorización según que se pretendiera demandar al Estado como persona de derecho público o como persona de derecho privado, exigiéndose en este último caso la reclamación administrativa previa.

⁴ REIRIZ, María Graciela *Responsabilidad del Estado*, 1ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1969, 192 páginas.

⁵ Dice Aparicio MÉNDEZ que la teoría orgánica está ligada a la teoría de la representación y considerada, al margen de toda concepción organicista, en la acepción técnica de medio o instrumento de la actividad del grupo (*La teoría del órgano*, 1ª edición, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, 246 páginas, con prólogo de Fernando Garrido Falla, página 25). La concepción de Gierke en esta materia – añade en página 27 – no se refiere al organicismo que la Escuela Histórica combatió, sino al organismo en el sentido puramente analógico que se dio a la palabra por los griegos desde los momentos iniciales... La teoría orgánica de Gierke no trata de explicar los hechos sociales, sino de indicar o establecer una técnica que permita a las colectividades, entre las que figura el Estado en primer término, expresar su “querer” y obrar como tales (página 28).

⁶ El artículo 43 del Código Civil establecía que “No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. Corroborando tal disposición, el artículo 36 reputaba como actos de las personas jurídicas, únicamente los de sus representantes legales “siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios”.

⁷ El artículo 43 del Código Civil fue definitivamente sustituido en la reforma que de ese cuerpo jurídico se operó en Argentina en 1968, quedando desde entonces redactado de la siguiente manera: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

⁸ Rafael BIELSA criticó con firmeza esta decisión judicial en el ámbito de su pensamiento que negaba la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños derivados del desarrollo de un servicio público – o como persona de derecho público en general - , en comentario registrado en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 43 página 416 “Responsabilidad del Estado como poder administrador”.

⁹ Los artículos 625 y 630 del Código Civil pertenecen a la Sección Primera del Libro Segundo del Código Civil “De las obligaciones en general” y especialmente “De las obligaciones en relación a su objeto” Título VIII “De las obligaciones de

hacer o de no hacer”. Del texto de ellos se obtiene el concepto de prestación deficiente de un servicio como causa para imputar responsabilidad a las personas públicas en cuanto prescriben: “El obligado a hacer o a prestar algún servicio debe ejecutar el hecho en un tiempo propio y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho” (artículo 625); previendo el artículo 630 la posibilidad de solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación. Algunos doctrinarios argentinos, entre quienes destacamos a Bartolomé FIORINI, sostienen la aplicación de normas del derecho privado al ámbito del derecho público solo en cuanto constituyen principios generales del derecho, sin incidencia alguna en la naturaleza jurídica de las instituciones o en el carácter público de la función administrativa ejercida (principalmente en “Teoría Jurídica del Acto Administrativo”, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, 283 páginas).

¹⁰ BULLRICH, Rodolfo “La responsabilidad del Estado”, 1ª edición, Buenos Aires, Jesús Menéndez editor, 1920, 304 páginas.

¹¹ MAYER, Otto “Derecho Administrativo Alemán”, traducción directa del original francés, París, 1904, 2ª edición inalterada, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1982, Tomo IV, N°53, 370 páginas.

¹² No lo fue en otros casos en la medida en que se enfocó el tema de la falta de servicio por prestación deficiente del servicio de seguridad de la manera objetiva expuesta al producirse el cambio jurisprudencial apuntado en el principal, si bien es necesario señalar que en estos casos los daños eran producto del accionar policial. En “Furnier”, sentencia del 27

de setiembre de 1994 y en “Scamarcia”, sentencia del 12 de setiembre de 1995 la Corte sostuvo: “Si los agentes policiales están obligados a actuar en cualquier momento para prevenir la comisión de delitos que pongan en peligro la seguridad de la población, y en su consecuencia a portar armas, resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la colectividad en general y no sólo por los damnificados; si la protección pública genera riesgos, es lógico que esos riesgos sean soportados por quienes se benefician con ella”. Una concepción cuya objetividad resulta más afín a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, utilizada ahora por diversos tribunales inferiores para reconocer la indemnización consecuente, vinculada a la doctrina del “sacrificio especial” y la “igualdad ante la ley y las cargas públicas” (artículo 16, Constitución Nacional).

¹³ En causa “Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro”, del 12 de junio de 2007, en cambio, el mismo Tribunal entendió que si el Estado nacional y la provincia codemandada incumplieron su deber de custodia respecto del documento nacional de identidad cuyo nuevo ejemplar había solicitado el actor y ese incumplimiento dio lugar a que el documento fuera utilizado por terceros no identificados para abrir cuentas corrientes, lo cual culminó con la inhabilitación de aquél para operar como cuentacorrentista, *deben aquellos reparar el daño causado de acuerdo a la idea objetiva de falta de servicio*. También en cuestiones referidas a la deficiente prestación del servicio de salud, exigiendo el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial y ponderando que ello no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta

imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente (“B., R.R. c/Provincia de La Pampa y otros”, 11 de julio de 2006). De sumo interés nos parece el precedente de la Corte en el que se condenó al Estado nacional por el periodo de prisión preventiva al que fue sometido el actor en exceso del plazo previsto en la norma procesal aplicable, si el juez de instrucción contaba con pautas objetivas y subjetivas que le permitían presumir que su liberación no entorpecería el accionar de la justicia; en tales circunstancias – dijo la Corte – *se configuró una deficiente prestación del servicio de justicia* con fundamento en normas procesales y en el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 23, sentencia del 1 de noviembre de 1999, en causa “R., C. A c. Ministerio de Justicia y otro”; la Cámara de Apelaciones había desestimado el planteo sobre la base de una doctrina judicial más generalizada que considera que solo puede responsabilizarse al Estado por “error judicial” si el acto jurisdiccional que origina el daño fue declarado ilegítimo en el proceso respectivo).

¹⁴ En el Blog “Direito Administrativo em Debate” que dirige el profesor Farlei MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA, bajo el título “Responsabilidade civil do Estado: novos rumos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, en fecha 27 de abril de 2008, se da cuenta de una disposición del Supremo Tribunal, en los dos últimos años, de rever antiguas jurisprudencias en materia de responsabilidad civil del Estado por asalto ocurrido en la vía pública. Alude concretamente a un caso resuelto el 14 de abril de 2008 en que se condenó al Estado de Pernambuco, en el marco de una tutela anticipada, a pagar todos los gastos vinculados

a una cirugía de implante de marcapaso diafragmático muscular, necesaria para superar la situación de emergencia en su salud que padecía el reclamante como consecuencia de un asalto ocurrido en la vía pública. Entendió el Tribunal – dice el profesor RICCIO DE OLIVEIRA – que en el caso concreto estaría configurada una grave omisión, permanente y reiterada, por parte del Estado de Pernambuco, en prestar un adecuado servicio de policía en locales notoriamente pasibles de prácticas criminales violentas, y que, por tal razón, no podría dispensarse de las consecuencias que resultarían del incumplimiento de su deber constitucional de proveer a la seguridad pública.

¹⁵ Idéntico esquema argumental se utilizó por el mismo Tribunal en una causa resuelta el 31 de agosto de 2010, en que se demandaba al Estado Nacional (Secretaría de Turismo) por los daños derivados del fallecimiento de un menor hallado sin vida en un lago artificial de un complejo turístico de la Provincia de Buenos Aires, en ocasión de realizar un viaje de fin de curso escolar. En esa oportunidad se condenó a indemnizar, sobre las mismas bases argumentales que informan el caso “Parisi de Fresini”, haciendo mayor hincapié en la distinción entre acción u omisión dentro del marco de atribución genérico de la responsabilidad directa por falta objetiva de servicio, y dentro de la omisión, en la distinción entre mandatos expresos en una regla de derecho y supuestos en que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general, como propósitos a lograr de la mejor manera posible. Una lectura detenida de ambos fallos y de las legislaciones que inspiran en ambos casos el ejercicio de la función, permite concluir en la más clara presencia de un “mandato expreso en una regla de derecho” en el caso “Pa-

risi de Fresini”, por lo que la pauta de interpretación fijada por la propia Corte no brinda la seguridad de resultados coherentes.

¹⁶ Decir, como lo hace la sentencia – por remisión – que el poder de policía sanitaria definido de modo genérico “no se identifica con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos” equivale a sostener que la atribución normativa de cometidos públicos concretos en la legislación aplicable puede omitirse en su ejercicio sin consecuencias para los responsables de la gestión. Y el máximo dislate, afirmar que el “deber jurídico” impuesto al Ministerio – con reconocimiento expreso de la presencia de un “deber jurídico” – implicaba un “deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos”, quienes en consecuencia “no tenían un derecho subjetivo”, equivale a desconocer que en el caso ha habido un hombre que murió, él solo, en una situación jurídica exclusiva y excluyente como es la muerte. No es una ironía; no me permitiría en estas circunstancias una ironía; es la patencia del dislate que anticipamos para referirnos a este argumento.

¹⁷ Dice el filósofo Santiago KOVADLOFF que “la fortaleza moral imprescindible para restituirle auténtica significación al orden constitucional malamente vigente no puede tener otra raíz que la conciencia del dolor, del envilecimiento, de la estafa y del empobrecimiento sembrados por la decadencia en que nos encontramos...La corrupción administrativa por parte del Estado convierte los recursos con que cuenta en un robo y en una herramienta extorsiva” (“La Constitución o el delito”, diario La Nación, Opinión, jueves 30 de junio de 2011)

¹⁸ Remito a D’ARGENIO, Inés Anunciada “Trascendencia institucional del

litigo de derecho público” en Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 3, septiembre de 2010, páginas 35 a 117.

¹⁹ Página 90 de la publicación citada en nota anterior.

O VISCONDE DO URUGUAI E O DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO

Ana Lucia de Lyra Tavares¹

Introdução; 1. Elementos pessoais favoráveis aos estudos de direito administrativo estrangeiro; 1.1. Quadro familiar e formação; 1.2. Experiência na vida pública; 1.3. Influência das fases anteriores na produção das duas obras do visconde do Uruguai; 2. Antecipações de conceitos próprios ao direito administrativo comparado; 2.1. Premissas: Direito Administrativo e Direito Administrativo Comparado; 2.2. Exemplos de antecipações doutrinárias e metodológicas; 2.3. Diversidade de conceitos em cada sistema jurídico; 2.4. Antecipações quanto ao método; 2.5. O visconde do Uruguai e a recepção, pelo direito imperial brasileiro, do Conselho de Estado; 3. Considerações finais; 4. Nota; 5. Referências Bibliográficas.

Introdução

A aplicação do método comparativo ao Direito Administrativo, levando à constituição de uma disciplina autônoma, o Direito Administrativo Comparado, normalmente ministrada em nível de pós-graduação, enseja a constatação de uma série de especificidades decorrentes da natureza do Direito Administrativo, o que, inegavelmente, enriquece as pesquisas em

Direito Comparado, notadamente para os que lhe atribuem foros de ciência, não o considerando simples método. Uma dessas especificidades, usualmente apontada nas obras dos especialistas na matéria, é a importância, em sua construção, do aporte doutrinário, emanado, sobretudo de direitos europeus. Tal característica é particularmente visível nos ordenamentos jurídicos dos países que hauriram daqueles direitos, nesses incluindo-se o brasileiro.

No período imperial, tem-se a figura ímpar de Paulino José Soares de Souza, o visconde do Uruguai, precursor dos estudos juscomparativos no campo do Direito Administrativo brasileiro, revelando-se não apenas o grande estudioso dos direitos estrangeiros, com incursões na prática da comparação jurídica, mas também como agente de recepção de direitos, na medida em que exerceu papel de relevo na introdução de instituições como o Conselho de Estado e na propositura do contencioso administrativo em modalidade adequada à nossa tradição. Há algum tempo, registramos o seu papel fundamental para os estudos, no Brasil, do direito administrativo comparado (Tavares, 1990, p. 66-7).

Cabe destacar a contribuição valiosa do historiador José Murilo de Carvalho, no texto introdutório e na organização da obra sobre o visconde do Uruguai, que integra a Coleção Formadores do Brasil. Esse meritório empreendimento da Editora 34 (Carvalho, 2002) vem resgatar a memória de notáveis pensadores pátrios, como é o caso do visconde do Uruguai, e ao fazê-lo, evidencia o interesse pela (re)leitura dos textos daquele administrativista do império, repletos de reflexões ainda hoje válidas, fortalecendo, em última análise, a identidade cultural brasileira.

Propomo-nos, pois, no presente artigo, a focalizar a atualidade de certos aspectos dos estudos comparativos do visconde do Uruguai no campo do direito administrativo, não sem antes recordar as condições de sua vida pessoal e pública que se revelaram benéficas a esses estudos.

1. Elementos pessoais favoráveis aos estudos de direito administrativo estrangeiro

As pesquisas de direito comparado, em relação às quais os processos de globalização e os de criação de organismos regionais supraestatais intensificaram o interesse, têm, nas ferramentas eletrônicas de comunicação virtual, poderosos aliados, sobretudo para o acesso atualizado às diferentes fontes dos diversos sistemas jurídicos, disponibilizadas na própria língua do usu-

ário, não obstante as limitações qualitativas de tais traduções. Houve, assim, uma abertura de oportunidades para essas pesquisas juscomparativas, tornando-as acessíveis aos que não dispõem de recursos financeiros para viagens, aquisições de livros caros e de oportunidades para o aprendizado de idiomas estrangeiros, requisitos essenciais para o seu empreendimento. Um olhar retrospectivo para os primeiros tempos de formação da cultura jurídica brasileira revela que, se, por um lado, a motivação para os estudos de direito estrangeiro sempre existiu, por outro, a ela somente podiam dar asas os que, por alguma razão familiar ou de situação profissional, ou ambas, dispunham de meios próprios para desenvolvê-los (Valladão, 1971, p. 309 e seguintes.)

1.1. Quadro familiar e formação

Paulino José Soares de Souza, o futuro visconde do Uruguai, não constituiu exceção à regra. Nascido em Paris, em 1807, filho de uma francesa com um médico oriundo de Paracatu, o qual estudou medicina na França e serviu sob Napoleão, Paulino recebeu a formação jurídica em Coimbra e iniciou a carreira profissional em São Paulo, a partir de 1830. Elemento-chave em sua biografia, como acentua José Murilo de Carvalho (2002, p. 14), foi o casamento com Ana Maria Macedo Álvares de Azevedo, de família de posses e que viria a ser a cunhada de Joaquim José Rodrigues Torres, o visconde de Itaboraí, considerado o grande financista do império (Lyra Filho, 1985, p. 65). Das alianças familiares, construíram-se as duas correntes políticas do império, os conservadores e os liberais. Integrava Paulino o partido conservador, formando com o visconde de Itaboraí e Eusébio de Queiroz a chamada trindade “Saquarema”, dado o local de suas bases familiares. No dizer de Gilberto Freyre, como relembra José Murilo de Carvalho (2002, p. 16), os genros cultivados agilizavam a ascensão social e política dos incultos sogros fazendeiros, implantando-se uma verdadeira *genrocracia*.

1.2. Experiência na vida pública

Em pouco tempo, Paulino galgou postos de relevo na vida pública. Em 1831, foi indicado para juiz na corte. Em 1835, recusou o cargo de ministro da justiça, mas, na qualidade de integrante da corrente liberal moderada, elegeu-se para a primeira legislatura da Assembleia Provincial do Rio de Janeiro. Em 1836, foi nomeado presidente da província do Rio de Janeiro pelo regente Feijó, sucedendo o visconde de Itaboraí, seu con-

cunhado. Ficou nessa função até 1840, em duração excepcional para a época, como sublinha José Murilo de Carvalho (ibid., p. 17). Sua gestão foi interrompida apenas em 1837, ano em que foi demitido por Feijó por ter aderido à oposição. Contudo, com a renúncia do regente, Paulino foi reconduzido ao cargo.

O período da regência, repleto de acontecimentos políticos, enriqueceu o campo de observação de Paulino. Além das revoltas na Bahia (Sabinada, 1837-8), no Pará (Cabanagem, 1835-6), no Rio Grande do Sul (Guerra dos Farrapos, ou Farroupilha, 1835-45), Maranhão (Balaiada, 1838-41), no âmbito de sua atuação política, houve mudanças com a divisão da facção moderada do partido conservador, que gerou duas correntes partidárias: a do Regresso Conservador, tendo à frente Bernardo Pereira de Vasconcellos e o próprio Paulino, com expressivo número de magistrados, e a Liberal, sob a liderança de Luis Alves de Lima e Silva, o Duque de Caxias, e na qual figuravam muitos padres.

Em 1841, com os regressistas no poder, Paulino foi nomeado ministro da justiça, período em que, juntamente com Bernardo Pereira de Vasconcellos, teve a iniciativa de interpretação do Ato Adicional para retomar a tendência centralizadora do governo, em oposição à descentralizadora que fora introduzida pelo referido ato. Pontificou, também, na reforma do Código de Processo Penal e na elaboração da Lei de 1841, que restabeleceu o Conselho de Estado. Em 1843, a aprovação das Leis do Regresso gerou revolta entre os liberais, sem traumas profundos, pois os dois grupos eram constituídos de parentes, o que justificava dizer-se que nada mais parecido com um conservador do que um liberal no poder. Em 1844, com o retorno ao governo dos liberais, Paulino passou para a oposição. Em 1849, tornou-se senador e ministro dos negócios estrangeiros. Em 1850, atuou para acabar com o tráfico de escravos. Em 1854, foi feito visconde do Uruguai e enviado, como ministro plenipotenciário, a França, Inglaterra e Vaticano. A viagem ocorreu de 1855 a 1856. Sob o aspecto diplomático, dentro do qual se inseria a negociação dos limites com a Guiana Francesa, Paulino não logrou êxito. Entretanto, essa ida ao exterior proporcionou-lhe as condições de avaliação das realidades administrativas dos países visitados, as quais repercutiram, profundamente, na confecção de sua obra *Ensaio de Direito Administrativo*, de que trataremos abaixo. Ao voltar ao Brasil, recusou vários postos, remanescendo apenas no Conselho de Estado. Deplorava as lutas partidárias e preferiu recolher-se ao convívio dos familiares e aos seus livros. Faleceu em 1866, aos 58 anos.

1.3. Influência das fases anteriores na produção das duas obras do visconde do Uruguai

No intróito de sua primeira obra, *Ensaio de Direito Administrativo*, publicada em 1862 às próprias expensas e cujas transcrições foram por nós adaptadas para o português atual, Paulino José Soares de Souza destaca a influência das viagens ao exterior, as quais haviam revolucionado suas ideias: “O que tive ocasião de observar e estudar produziu uma grande revolução nas minhas ideias e modo de encarar as coisas” (Uruguai, 1862, p.IV). Observa José Murilo de Carvalho (2002, p. 28), em sua análise tantas vezes aqui referida, que não se pode ignorar afirmação tão categórica, bastante esclarecedora dos escritos do visconde.

O segundo livro, inacabado, sobre a administração provincial, publicado em 1865, um ano antes de sua morte, resulta da experiência decorrente do exercício da presidência da província do Rio de Janeiro. Vale a seguinte transcrição do pensamento de Paulino no preâmbulo do ensaio, relativamente às consequências do pedido que lhe fora feito pelo marquês de Olinda, então presidente do Conselho de Ministros, para responder a quesitos sobre a organização administrativa brasileira:

aquela honrosa incumbência sugeriu-me o desejo de organizar e publicar um trabalho mais completo, e por fim a resolução de entregar-me a um estudo consciencioso e aprofundado do Direito Administrativo, do qual somente possuía as noções que *não pode deixar de ter quem estudou a jurisprudência, e tem exercido por algum tempo altas funções administrativas* (Uruguai, 1862, p. VI, *grifos nossos*).

2. Antecipações de conceitos próprios ao direito administrativo comparado

Cotejando-se o trabalho do visconde do Uruguai com duas obras clássicas do Direito Administrativo Comparado – uma estrangeira, do professor Jean Rivero, tradução do seu curso de Direito Administrativo Comparado, policopiado, nunca publicado em livro, pelo professor José Cretella Jr. (1995, p. 10) e a segunda, brasileira, do próprio professor José Cretella Jr. (1972) –, verifica-se que muitas de suas observações em relação à natureza do direito administrativo, às especificidades de uma comparação nesse campo e à importância do conhecimento das práticas administrativas, fi-

guras por igual naqueles textos editados no século XX. Permitimo-nos, como ponto de partida, recordar, a seguir, algumas noções preliminares.

2.1. Premissas: Direito Administrativo e Direito Administrativo Comparado

Da mesma forma que o Direito Comparado não constitui um ramo do direito, mas uma disciplina auxiliar no estudo do fenômeno jurídico, o Direito Administrativo Comparado tampouco o é. Por outro lado, não cabe retomar aqui a polêmica, não superada, sobre se o Direito Comparado é uma ciência ou simples aplicação do método comparativo ao direito, assinalando-se, porém, que as consequências dos estudos comparativos são de natureza diversa segundo a posição que se adote. Para Jean Rivero, o Direito Administrativo Comparado é a aplicação do método comparado ao Direito Administrativo (Rivero, 1995, p.16) e ele, como autor do primeiro texto versando a matéria, de pronto acentua a influência que exerceram os direitos estrangeiros na própria elaboração dos conceitos principais da disciplina. Diversamente do Direito Privado e mesmo do Direito Constitucional (Ferreira, 2001, p. 41-60), o Direito Administrativo careceu de uma origem comum que lastreasse o seu desenvolvimento. Pautou-se pela experiência de administradores, não juristas (Rivero, 1995, p. 83), recorrendo, desde o início, às fontes estrangeiras, embora sem a feitura de uma verdadeira comparação, que não era viável, dadas as peculiaridades das instituições nacionais. Do ponto de vista técnico, contudo, predominaram, sucessivamente, as construções francesa, inglesa e alemã.

Ao visconde do Uruguai não eram estranhas essas considerações, razão pela qual procuramos destacar, de uma parte, os aspectos reveladores de suas antecipações de natureza doutrinária e metodológica e, de outra, o seu papel não apenas como comparatista, mas também como agente de recepção de direitos, expressão essa tradicionalmente empregada em relação àqueles responsáveis pela introdução, em um dado sistema jurídico, de elementos provindos de outro sistema (cite-se, entre outros, Papachristos, 1976).

2.2. Exemplos de antecipações doutrinárias e metodológicas

De pronto, cabe ressaltar que o levantamento bibliográfico efetuado por José Murilo de Carvalho revela a predominância, no *Ensaio*, de citações de vários autores franceses, ingleses, espanhóis e portugueses, e apenas de dois brasileiros (Cervvalho, 2002, p. 51), demonstrando a utilização em

larga escala, pelo visconde do Uruguai, de fontes doutrinárias estrangeiras. Na época, assinala José Murilo de Carvalho, as citações de autores estrangeiros eram uma técnica de convencimento (id., *ibid.*, p. 38). Poderíamos acrescentar que essa técnica se mantém até hoje. Basta compulsar os livros jurídicos atuais para verificar que, em grande parte, seus autores priorizam os aportes doutrinários alienígenas em temas nos quais, muitas vezes, há contribuições fundamentais de juristas brasileiros. O visconde do Uruguai, embora não escapasse dessa tendência geral, não deixava de “deplorar o desamor com que tratamos o que é nosso, deixando de estudá-lo, para somente ler superficialmente e citar coisas alheias, desprezando a experiência que transluz em opiniões e apreciações de estadistas nossos” (Uruguai, 1862, p. IX).

2.3. Diversidade de conceitos em cada sistema jurídico

Entre as dificuldades usualmente apontadas na aplicação do Direito Comparado ao Direito Administrativo está a da diversidade de conteúdo da matéria em cada ordenamento jurídico nacional. Rivero ilustra esse ponto evocando a falsa unidade do Direito Administrativo francês, que comporta um ângulo descritivo e outro contencioso, jurisprudencial. Projetar essa subdivisão em outros direitos nacionais fraudaria a compreensão não apenas do direito francês como daqueles outros ordenamentos jurídicos (Rivero, 1995, p. 35-6). O visconde do Uruguai já advertia para as necessárias cautelas que requeriam os estudos do direito estrangeiro:

Também muito convêm o estudo e o conhecimento do que se observa em outros países, com o devido desconto de causas especiais que ali produzem resultados que a falta dessas causas pode negar ou mudar entre nós (Uruguai, 1862, p. XVIII).

Em consequência, essa diversidade de contextos deveria ser levada em conta por ocasião das importações jurídicas, alerta que, com frequência, até hoje, é ignorado. Com a palavra o visconde do Uruguai:

para copiar as instituições de um país e aplicá-las a outro, no todo ou em parte, é preciso, primeiro que tudo, conhecer o seu todo e o seu jogo perfeita e completamente. Essas instituições, principalmente as inglesas, americanas e francesas, formam um todo sistemático e harmonioso. Cada uma das suas molas supõe o concurso e o jogo de outras, certo espírito, hábitos, caráter

nacional e certas circunstâncias, cuja falta não é possível suprir. Cada uma das partes sustenta e é sustentada pelas outras, e com elas se liga. É necessário muito estudo, muito critério, para separar uma parte dessas instituições e aplicá-la a outro país diverso, cuja organização, educação, hábitos, caráter e mais circunstâncias são também diversos (id., *ibid.*, Tomo II, p. 221).

O administrativista do império por nós aqui focalizado já chamava a atenção para as distinções, sob o prisma do Direito Administrativo, entre o sistema anglo-americano e o romano-germânico, como, por igual, fariar-o, quase um século depois, Jean Rivero. O visconde do Uruguai examina, longamente, no capítulo XXXI do *Ensaio* (*ibid.*, Tomo II, p. 221 e seguintes.), as instituições administrativas inglesas, americanas e francesas, assinalando as diferenças entre elas existentes. Da mesma forma, enfatizava o mestre francês as peculiaridades de cada um dos sistemas, acentuando que a parte descritiva do Direito Administrativo romano-germânico não é abrangida pela *Administrative Law*, que trata das relações da administração pública com o público e analisa, em separado, aquelas atinentes às pessoas públicas e a seus agentes, bem como as questões de *local government*, focalizadas no âmbito do direito constitucional (Rivero, 1995, p. 39-40).

2.4. Antecipações quanto ao método

Já tivera o visconde do Uruguai a percepção de que o estudo do Direito Administrativo requeria um método apropriado que não recorresse, previamente, à aplicação de determinadas categorias aos sistemas estrangeiros selecionados para análise. Rivero, por igual, identifica uma série de questões que deveriam nortear o direito administrativo comparado, com ênfase para o problema da centralização e da descentralização: “o ponto essencial é, aqui, o entrosamento da administração do Estado e das administrações locais, ou, segundo a terminologia francesa, o problema da centralização e da descentralização” (id., *ibid.*, p. 23). Relativamente a esse tema, de praxe nas obras sobre a matéria, o visconde do Uruguai dedica o capítulo XXX do Tomo II de seu *Ensaio* (Uruguai, 1862, p. 159-220), concluindo-o com o exame do Ato Adicional, de 1834, que imprimira uma orientação descentralizadora ao regime, criando as Assembleias Legislativas Provinciais e extinguindo o Conselho de Estado. O visconde do Uruguai expõe, no referido capítulo, as razões pelas quais defendera uma descentralização apenas administrativa e não política, como ocorrera. Essa

posição favorável à centralização política fora confirmada por sua adesão à Lei de Interpretação, de 1840, ao Ato Adicional, em virtude da qual foi retomada a orientação centralizadora. Ainda no tocante à metodologia da comparação, destacaram ambos os estudiosos a importância de conhecer-se o sistema administrativo na prática e de ver a administração em ação para a compreensão do Direito Administrativo em cada país. Referindo-se à delimitação da disciplina Direito Administrativo Comparado, Jean Rivero ressalta a necessidade de conhecerem-se as soluções que, em cada um dos ordenamentos jurídicos, são dadas às questões relativas à organização das entidades locais e sua interação com o poder central, às relações da administração com seus funcionários, a competência das autoridades públicas em matéria de higiene, urbanismo, transporte, assistência social, etc. (Rivero, 1995, p. 48). No preâmbulo do *Ensaio*, o visconde do Uruguai externa esse mesmo entendimento:

Na viagem que ultimamente fiz à Europa não me causaram tamanha impressão os monumentos das artes e das ciências, a riqueza, força e poder material das duas grandes nações, a França e a Inglaterra, *quanto os resultados práticos e palpáveis da sua administração*. Os primeiros fenômenos podemos nós conhecê-los pelos escritos que deles são larga notícia. Para conhecer e avaliar os segundos, não bastam descrições. Tudo ali se move, vem e chega a ponto com ordem e regularidade, quer na administração pública, quer nos estabelecimentos organizados e dirigidos por companhias particulares. Nem o público toleraria o contrário (Uruguai, 1862, Tomo I, p.III, *grifos nossos*).

Sob a mesma ótica metodológica, enfatiza Rivero a necessidade de partir-se do estudo do fato administrativo e não do Direito Administrativo, *de conteúdo incerto* (Rivero, 1995, p. 46), sem forçar enquadramentos nas categorias familiares ao jurista que realiza a comparação, pois “cada sistema de solução deve ser abordado com o espírito do direito do país que o construiu” (id., *ibid.*, p. 47).

Acentuavam ambos que o estudo do Direito Administrativo deve ser empreendido no quadro de várias disciplinas e não apenas na matriz privada (id., *ibid.*, p. 49) que não pode ser ignorada, mas requer a articulação com o direito constitucional. Citando Laferrière, ressaltava o visconde do Uruguai que: “separar completamente o Direito Administrativo do Constitucional [...] fora tirar-lhe a sua razão de existência” (Uruguai, 1862,

Tomo I, p. 15), o que não o impedia de distinguir a natureza, as funções e os limites de cada um desses ramos do direito.

2.5. O visconde do Uruguai e a recepção, pelo direito imperial brasileiro, do Conselho de Estado

O Conselho de Estado sucedeu o Conselho de Procuradores e grande foi a influência que exerceu em nossa estrutura constitucional, não apenas em decorrência de seu papel na elaboração do próprio projeto constitucional, mas também como órgão integrante da estrutura governamental, a exemplo das monarquias inglesa e francesa. Tavares de Lyra o examinou em seus diversos períodos, bem como ao Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias (1978).

O Conselho de Estado funcionou, numa primeira fase, de 1823 a 1824. No entender dos conservadores, entre eles o visconde do Uruguai, o Conselho de Estado fortalecia o Poder Moderador; para os liberais, inclusive Teófilo Ottoni, essa instituição beneficiava uma oligarquia. Como vimos, extinto pelo Ato Adicional, ele foi restabelecido pela Lei de Interpretação, com atuação fundamental do visconde do Uruguai. Comparando o Conselho de Estado do Brasil, em sua primeira fase de funcionamento, com instituições de mesma denominação, na França, em Portugal, na Espanha e, ainda, com o Conselho Privado inglês, nota o visconde do Uruguai que:

posto que fosse uma corporação meramente consultiva e sem jurisdição própria, não era todavia um auxiliar administrativo perfeito e completo, um Conselho de Estado semelhante ao da França, de Portugal e da Espanha, e ao nosso de hoje [refere-se à segunda fase do Conselho, após o seu restabelecimento pela Lei de Interpretação]. Não era dividido em seções. Não trabalhava com os ministros. Era uma criação tão especial, tão original, como a do Poder Moderador, suscitada pela ideia deste (id., *ibid.*, Tomo I, p. 237).

Suas pesquisas relativas às modalidades de Conselho de Estado em outros países levaram o autor do *Ensaio* a formular certas propostas para o aprimoramento do Conselho de Estado no Brasil, manifestando-se contra o acúmulo de funções por parte dos conselheiros, diversamente do modelo português, em que os membros do Conselho de Estado desempenhavam funções políticas e administrativas; sugerindo a criação de um conselho pri-

vado para o imperador. Themístocles Cavalcanti, em trabalho sobre o Conselho de Estado no Brasil, qualifica o visconde do Uruguai como *douto e atilado*. Acrescenta o saudoso mestre, com quem tivemos a honra de trabalhar no Instituto de Direito Público e de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, que o Conselho de Estado foi de eficiência administrativa duvidosa, mas benéfica, sob o ponto de vista político (Cavalcanti, 1972, p. 13).

Examinando as influências que o direito administrativo francês exerceu em vários países, Rivero associa o fracasso da implantação do Conselho de Estado no Brasil à sua vinculação à política e à deficiência de seu funcionamento, tendo o mesmo ocorrido na Grécia (Rivero, 1995, p. 105).

Sem ter natureza deliberativa, o Conselho de Estado brasileiro não foi concebido para constituir a instância máxima de um contencioso administrativo, cuja análise é feita por Uruguai do capítulo XIV ao XV, sempre com incursões na experiência administrativa estrangeira (Uruguai, 1862, Tomo I, p. 83-205).

Uma minuciosa pesquisa sobre o contencioso administrativo francês foi empreendida pelo professor Sergio de Andréa Ferreira no capítulo IV, que versa sobre o controle da administração pública, de sua obra, de menção obrigatória, *Lições de Direito Administrativo* (Ferreira, 1972, p. 121-52).

3. Considerações finais

O fato de o Direito Administrativo ter estado, inicialmente, vinculado à atividade estatal, fez com que tardiamente houvesse o recurso a outros direitos que não os nacionais. Com a generalização dos avanços tecnológicos e a internacionalização, houve a viabilização de empréstimos legais nesse campo, desenvolvendo-se um direito administrativo internacional que, contudo, não deve ignorar as particularidades dos direitos nacionais (Rivero, 1995, p. 34).

Sobre o perfil do visconde do Uruguai, a título de síntese, pensamos ser adequada a transcrição do comentário que a seu respeito teceu Tavares de Lyra no levantamento biográfico que fez dos ministros de Estado da monarquia: “indiscutivelmente, um dos mais insignes estadistas brasileiros pelo seu talento, pelo seu caráter, pela sua cultura, pelos seus serviços, afirmados sobejamente na administração, no parlamento e no governo” (Lyra, 1978, p. 329).

Reiteramos, por isso mesmo, a expressão de nosso entusiasmo relativamente a iniciativas da natureza daquela que motivou os organizadores

da Coleção Formadores do Brasil para a afirmação de nossa identidade cultural, em particular da jurídica e da política.

Na esteira da ampla ótica adotada pelo visconde do Uruguai em seus estudos de Direito Administrativo, com a investigação regular do Direito Administrativo estrangeiro, prosseguem os nossos administrativistas. Eles, ao mesmo tempo em que se reportam, sistematicamente, ao direito estrangeiro, não descutam, todavia, de enaltecer a contribuição fundamental e, muitas vezes, original de juristas brasileiros, postura essencial para o fortalecimento de nossa cultura jurídica. É assim, por exemplo, que o jurista Sergio de Andréa Ferreira resgata, de modo muito feliz e de forma frequente, a contribuição sempre atual e completa do pensamento de Pontes de Miranda, além da de outros juristas pátrios (Ferreira, 2001, p. 273-84). Acreditamos que o conhecimento, pelas novas gerações de estudantes de direito no Brasil, da rica contribuição dos nossos juristas, de ontem e de hoje, somente concorrerá para o fortalecimento de uma consciência da especificidade do sistema jurídico brasileiro que, em nosso entender, não é incompatível com metas pontuais de aproximação com outros sistemas.

4. Nota

¹ Doutora em Direito – Université de Paris II. Professora de Direito Comparado e Direito Constitucional Comparado dos programas de graduação e de pós-graduação do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

5. Referências Bibliográficas

- CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. São Paulo: Editora 34, 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do conselho de Estado. Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, n. 6, jul./set. 1972, p.13.
- CRETELLA JR., José. Direito Administrativo Comparado. São Paulo: José Bushatsky, 1972.
- FERREIRA, Sergio de André. A parceria no direito público da atualidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.) Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 273-84.
- , A integração direito constitucional/direito administrativo. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 19, 2001, p. 41-60.
- LYRA FILHO, João. Visconde de Itaboraí, a luneta do império. Rio de Janeiro: Gráfica Portinho Cavalcanti Ltda., 1985.
- RIVERO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado. Trad. J. Cretella Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TAVARES LYRA, Augusto. Instituições políticas do império. Brasília: Senado Federal, 1978. Visconde do Uruguai, *Ensaio.*, ob.cit., Tomo I, p.237.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, v. 33, p. 66-7, nov. 1989/jan.1990.
- URUGUAI, Visconde do. Ensaio de Direito Administrativo. Tomo I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.
- VALLADÃO, Haroldo. L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil: XIX et XX siècles. Livre du Centenaire de La Société de Législation Comparée. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, v. II, p. 309 e seguintes.



LEVANDO O CONCEITO DE AUTOPOIESE A SÉRIO: POR QUE O DIREITO NÃO PODE SER COMPREENDIDO A PARTIR DO PARADIGMA DE NIKLAS LUHMANN?¹

Josué Mastrodi²

1. Introdução; 2. A idealidade ficcional da autopoiese; 3. O problema da autopoiese como ficção; 4. Sobre a filosofia do *como se* de Hans Vaihinger; 5. O estatuto deontológico da teoria de Luhmann; 6. As descrições sistêmicas são prescritivas; 7. À guisa de conclusão. 8. Notas; 9. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O conceito de autopoiese é o fundamento de toda uma nova teoria dos sistemas sociais (aqui incluído o sistema jurídico), que é apresentada como capaz de descrever a atual *sociedade complexa* da (pós)modernidade de modo muito mais abrangente que as teorias que a antecederam. Está claro em Luhmann que não é possível falar em sistemas sociais ou em teoria sistêmica sem falar na ideia de autopoiese.

De toda sorte, há problemas a serem enfrentados, que denotam a importância do tema e a relevância desta crítica. A autopoiese é apresentada como o fundamento de existência e de funcionalidade do sistema social luhmanniano. Trata-se de um ponto de partida extremamente útil para a teoria sistêmica como um todo, pois a autopoiese é afirmada como um pressuposto que tornaria desnecessárias quaisquer discussões acerca da ontologia, da epistemologia e da teleologia dos sistemas sociais: *o sistema social existiria em si, por si, a partir de si e para si.*

O sistema social luhmanniano se põe a si próprio para permitir a comunicação.³ Ele é a *forma* que dá condições para que o *conteúdo* ocorra. Esse conteúdo é contingente, pois não se pode assegurar o que será comunicado nem se será comunicado agora ou depois, nem mesmo o modo como a comunicação ocorrerá. Contudo, o sistema existe porque, de uma forma ou de outra, sempre há, para essa teoria, comunicação. O sistema serve para reduzir a possibilidade de erros de comunicação. Ele a estabiliza, permitindo que a comunicação ocorra de forma fluida.

A teoria dos sistemas autopoieticos apresenta, de fato, uma nova forma de compreender a realidade social, bem como uma nova forma de compreender o direito que, de conjunto ordenado de normas jurídicas, passaria a ser visto como um sistema *comunicacional* altamente complexo que, por meio da estabilização de expectativas tanto normativas quanto cognitivas, funcionaria no sentido de obter pacificação social de modo eficiente (Luhmann, 2005a, p. 178-9 e 188; 1983, p. 52-3), por atingir consensos que são gerados pela norma jurídica (Id., *ibid.*, p. 76).

A sanção é posta em plano *inferior* na teoria dos sistemas sociais,⁴ *como se* ela não fosse importante para determinar a natureza do direito ou para tutelar o cumprimento das normas (ou da comunicação): “O direito não tem nenhum poder obrigatório; compõe-se unicamente de comunicações e sedimentações estruturais de comunicações que desembocam em uma interpretação normativa” (Id., 2005a, p. 87).⁵ O sistema social ou o jurídico não poderiam fazer nada além de criar comunicações (Id., *ibid.*, p. 89).

Toda mudança de paradigma gera problemas e causa preocupações. A teoria dos sistemas autopoieticos parece mesmo conseguir descrever o direito da sociedade (pós)moderna de modo muito mais amplo que qualquer outra teoria geral do direito. No entanto, essa teoria não busca apresentar qualquer explicação sobre *por que* o sistema jurídico foi posto, *como* o direito surgiu, e qual a *finalidade* de o direito ter sido posto tal como foi.

Ao pressupor, pela autopoiese, que o direito surgiu por si próprio (Id., 1995, p. 12; 2005a, p. 73; Teubner, 1989, p. 39, 64-70 e 77), tal teoria descarta de todas as relações materiais e históricas que causaram o início do sistema jurídico e que determinaram que o direito fosse tal como é positivado. A autopoiese faz com que a teoria sistêmica evite discutir todas essas questões e neutraliza a historicidade do direito. Tais questões, de caracteres ontológico, metodológico e teleológico, seriam (são!) fundamentais para compreender o direito. Parece-me importante discutir até que ponto o conceito de autopoiese pode ser utilizado para *descrever* um objeto (como o direito) ao mesmo tempo em que não permite que esse mesmo objeto seja *explicado*.

2. A idealidade ficcional da autopoiese

A crítica reside, aqui, fundamentalmente, na *idealidade* da teoria sistêmica, inteiramente fundada em conceitos ficcionais, na acepção vaihingeriana⁶ do termo. Em especial, o conceito ideal e fictício de sistema autopoietico, que não tem absolutamente nenhuma correspondência com qualquer coisa existente na realidade material: *não existem sistemas na natureza, como também não existe autopoiese*; trata-se de criações do intelecto e que só possuem existência real no pensamento, para fins de organização prática da realidade social. Trata-se a autopoiese, sem dúvida alguma, de uma criação muito bem elaborada, cuja função é, a partir dela, descrever a realidade *como se* a realidade respondesse a tal pressuposto fictício. Conforme o próprio Vaihinger expõe na apresentação de seu livro:

Segundo nossa concepção, muitos processos e construções de pensamento aparentam ser conscientemente desenvolvidos como falsos pressupostos, que ou contradizem a realidade ou são até mesmo contraditórios consigo próprios, mas que são intencionalmente formados para superar dificuldades do pensamento pela via desse recurso artificial e atingir a meta do pensamento por meio da criação de novos caminhos. Essas construções de pensamento artificiais são chamadas de Ficções da Ciência, e são distinguíveis como criações conscientes por meio de sua qualidade de *como se* (1952, p. XLVII).

Ou ainda, em seu Capítulo I, esse autor deixa claro qual é o significado de ficção, associando-a a uma *invenção*⁷ (para o fim de resolver problemas práticos): a ficção é utilizada no sentido de, provisoriamente, *substituir* a

realidade por construções mentais que *não correspondem diretamente à realidade*. Então, opera-se com essas classes ficcionais *como se* elas fossem as construções reais (Id., *ibid.*, p. 17).

As descrições da sociedade ou do direito na forma de sistemas autopoieticos servem muito bem à estruturação de um modelo ideal (qual seja, o da teoria sistêmica) cuja função é descrever a sociedade conforme sua adequação ao próprio modelo. A teoria luhmanniana se apresenta como a *elaboração de uma elaboração* da sociedade e do direito, *como se* estes fossem, real e concretamente, sistemas autopoieticos.

Esse é o motivo de Luhmann apresentar o início da compreensão do direito (ou da sociedade) como sistêmico a partir de uma *tautologia* (2005a, p. 112), a partir do qual será possível um sem número de *desdobramentos*. Os paradoxos, isto é, as contradições lógicas que aparecem pelo caminho da teoria, são simplesmente *desparadoxizados*. Ou, em outras palavras, diante de quaisquer pontos em que a lógica impede de pensar, são criadas *ficções* para superar o problema. O absurdo ou a contradição entre o real e o conceito são apresentados como paradoxos e tais paradoxos são definidos *como se* fossem obstáculos perfeitamente transponíveis pelo pensamento.

Ao seguir adiante na teoria, apesar de tautologias, contradições ou absurdos, segue-se com base em ficções, pois, tanto no pensamento quanto na vida real, *não existem* os meios concretos para realizar o que o conceito de autopoiese permite para a construção idealista da teoria sistêmica.

Mesmo sendo ficcional, um conceito não deixa de ter *inegável importância prática*. Aliás, é justamente para isso que serve a ficção. No entanto, a concepção da sociedade e do direito *como se* eles surgissem de si próprios (Id., 1995, p. 11; 2005a, p. 193); *como se* eles existissem independentemente de causas⁸ ou das ações humanas; *como se* não houvesse fundamentação dos sistemas sociais em algum tipo de hierarquia;⁹ *como se* o tempo não fosse importante para a compreensão da realidade social;¹⁰ *como se* tudo o que acontece *acontece agora*¹¹ e não ao longo da história;¹² *como se* as ações humanas pouco ou nada pudessem fazer para alterar o sentido das comunicações sociais;¹³ *como se* um sistema social só precisasse ser descrito em vez de compreendido;¹⁴ *como se* o direito funcionasse exclusivamente com base em comunicação¹⁵ e não em ações humanas ou em sanções estatais;¹⁶ tudo isso acaba por trazer consequências sérias nas relações sociais concretas e singulares que as pessoas, seja individualmente, mas seja principalmente em grupos ou classes sociais, empreendem ao longo da história.

3. O problema da autopoiese como ficção

Em termos metodológicos da teoria dos sistemas, os homens são participantes do sistema social praticamente *do mesmo modo* que os jogadores são apenas participantes de um jogo: o jogo existe em si independentemente dos jogadores, o sistema social existe independentemente das pessoas, que não são importantes para auxiliar na compreensão do sistema social.¹⁷

Luhmann não chega a afirmar que o sistema social existiria mesmo que não houvesse pessoas, pois essas são importantes para *tomar parte* no processo de comunicação, mas deixa claro que as pessoas não são importantes para a definição do sistema social ou dos subsistemas, como o jurídico, tampouco para compreendê-los adequadamente (Id., *ibid.*, p. 104). Assim, entender-se a possibilidade de uma *sociedade sem gente* seria um absurdo, pois não pode ser sequer pensado. No entanto, para que sua teoria sistêmica funcione, Luhmann segue adiante, *como se* a sociedade fosse formada apenas por comunicações, como se aquela contradição não fosse – como de fato é – *impeditiva* à continuidade do pensamento.

Em que pese essa grande dificuldade, a teoria da autopoiese social segue adiante, *como se* o obstáculo não existisse, passando por cima dele a partir do mecanismo conceitual da *re-entry*, que reintroduz a autopoiese para reproduzir o sistema social. Isso tudo é possível porque seu pressuposto fundamental, o conceito de autopoiese, é uma *ficção*, nos estritos termos da filosofia vaihingeriana. Essa ficção é contraditória em relação a si mesma; não obstante, é útil para permitir o desenvolvimento de uma teoria de explicação, descrição ou imputação de um objeto de estudo, de uma área qualquer da realidade ou ainda da realidade mesma vista como objeto de uma teoria.

Luhmann, quase ao final do texto em que passa a fundamentar toda sua teoria da sociedade sobre o conceito de autopoiese, utiliza a expressão *como se* (própria da filosofia de Vaihinger e, no contexto em que esse último a utiliza em sua teoria, conforme será visto a seguir). A expressão *como se* é utilizada em outras oportunidades (Id., *ibid.* p. 70, 72, 73), mas não é possível afirmar, de modo irrefutável, que se encontra no contexto específico da filosofia de Vaihinger. O termo ficção só aparece uma única vez em toda a obra de Luhmann, relacionado à compreensão da realidade na forma de círculos autorreferenciais (Id., 1995, p. 481).

Em que pese considerar que o autor tem plena consciência do caráter ficcional de seu pressuposto, o fato é que não há, em momento algum, qualquer afirmação nesse sentido. Ao contrário, Luhmann denota nítida

preferência pela apresentação de seu pressuposto fundamental como uma *hipótese empiricamente verificável* (Id., *ibid.*, p. 12; 2005a, p. 65 e 68), o que é seguido por outros autores, como De Giorgi e Teubner.

Nos próximos itens serão tratadas as diferentes formas possíveis de abordagem teórica a partir de ficções, para o fim de demonstrar que a teoria da autopoiese social está na verdade fundamentada num tipo de ficção que é diverso daquele estabelecido por Luhmann. Tal autor descreve a teoria sistêmica como *descritiva* de uma realidade social, o que confere natureza ontológica (i.e., que tem por referência a compreensão do *ser* da sociedade) à própria teoria. No entanto, como pretendo demonstrar a seguir, parece que a estruturação da teoria sistêmica sobre um pressuposto *imputativo* acabou por permitir a formulação de uma teoria normativa (deontológica, relativa ao *dever ser* da sociedade) da realidade social, e não descritiva.

4. Sobre a filosofia do *como se* de Hans Vaihinger

Vaihinger é excessivamente idealista em sua filosofia do *como se*. Não obstante, é extremamente hábil em identificar as ficções criadas para representar ou apresentar a realidade e que, na verdade, não são representações, mas *instrumentos úteis*, que permitem aos homens a compreensão dessa realidade mesma.¹⁸ Assim, em Vaihinger, *todo e qualquer conceito não passa de ficção, de mero instrumento*, pois é contraditório¹⁹ em relação à realidade mesma a qual ele se refere. Esse autor aponta para o caráter fictício de *todos* os conceitos, de todas as construções mentais, em todas as áreas do conhecimento. São ficções o ideal de liberdade jusnatural,²⁰ o zero da matemática,²¹ o círculo perfeito ou a linha totalmente reta da geometria,²² a *coisa-em-si*,²³ a generalização abstrata,²⁴ a separação kantiana das coisas em sujeito que conhece e objeto que é conhecido,²⁵ as noções de infinito, de tempo e de espaço.²⁶

A ficção tem, segundo Vaihinger, cinco características essenciais, quais sejam: 1) o fato de ser contraditória em relação a si própria e em relação à realidade;²⁷ 2) as suas arbitrariedade e violência (causada sobre o pensamento, sobre a lei da não contradição e sobre a realidade), pois é imposto um conceito como representativo de algo que não é igual a ele;²⁸ 3) o fato de serem *contingentes*, no sentido de desaparecerem no curso da história ou durante a operação lógica do pensamento;²⁹ 4) a consciência de sua natureza fictícia e a ausência de qualquer estatuto de realidade,³⁰ e 5) o fato de as ficções serem meios para se atingir fins definitivos.³¹

O próprio autor, um pouco mais adiante, aponta uma sexta qualidade que pertence a toda e qualquer ficção. Na verdade, trata-se apenas de um corolário da última característica apontada acima. Ao menos para este trabalho, essa se apresenta como o ponto fundamental de identificação do conceito de autopoiese com sua natureza ficcional:

Além do aviso geral para não se confundir ficções com a realidade, nós devemos também chamar a atenção para o fato de que toda ficção deve ser capaz de justificar a si própria, i.e., deve justificar a si própria pelo que ela contribui para o progresso da ciência. [...] Feitas todas essas precauções, a ficção pode ser considerada como um “erro legitimizador”, i.e. como um construto conceitual ficcional que justifica sua existência por meio de seu sucesso (Vaihinger, 1952, p. 105-6).³²

Essa qualidade se apresenta inerente, por exemplo, às *ficções jurídicas*, que são criadas exclusivamente como critérios visando à solução de problemas práticos em sociedade. Ao se aceitar a validade do Direito Positivo, qualquer que seja ele, esse passa a ser o critério oficial de resolução de conflitos em sociedade, o parâmetro pelo qual todos os problemas devem ser resolvidos.³³

5. O estatuto deontológico da teoria de Luhmann

Ao desenvolver seu modelo teórico a partir de conceitos ideais, extraídos da observação empírica da sociedade historicamente identificada com o sistema social vigente em meados do século XX na Europa ocidental e nos Estados Unidos, Luhmann idealizou daquela estrutura social na forma de conceitos a-históricos e atemporais, que fundamentam sua teoria, e acabou por impor um modelo a ser seguido por todas as demais sociedades. Sem embargo do problema de esse modelo teórico ter – como tem – nítidas qualidades ideológicas, no sentido de promover a manutenção do *status quo*, o ponto a ser discutido neste momento reside em outra questão: a teoria luhmanniana, apresentada como *descritiva* da realidade social, na verdade é *descritiva* de um modelo ideal e, nessa linha, a teoria da autopoiese social é *prescritiva*. Seu estatuto epistemológico se apresenta claramente *deontológico*.

Luhmann desenvolveu sua teoria sistêmica a partir da diferença entre sistema e meio ambiente, constituída a partir do conceito de autopoiese.

Tal sistema, aliás, qualquer sistema, sempre será menos complexo que o meio ambiente, pois a função do sistema é, justamente, reduzir a complexidade de seu meio ambiente. Para compensar tal complexidade reduzida, o sistema só terá razão de ser se possuir uma capacidade de organização da realidade superior, visando a dar sentido ao seu meio ambiente:

Por mais complexas que sejam suas possibilidades linguísticas e a sutileza de suas estruturas ou temas, a sociedade nunca conseguirá tornar possíveis comunicações sobre tudo o que ocorre em seu meio ambiente em todos os níveis da formação do sistema para todos os sistemas. Portanto, assim como qualquer sistema, ela precisa compensar essa sua complexidade inferior com uma ordem superior (Luhmann, 1995, p. 182).

A função de *pôr ordem* tem uma claríssima qualidade de *aplicação de um senso de dever*, de determinação de condutas segundo o critério de organização. O que é entendido como conforme o critério está em ordem e recebe uma identificação positiva, o que é entendido como não conforme, uma identificação negativa. Mais do que simplesmente descrever algo, mais do que apenas classificar os objetos segundo seu código interno, o sistema social autopoietico comunica que esse algo deve ser entendido como algo positivo ou negativo, como algo que deve ser conduzido segundo a ordem do sistema.

Ainda que a teoria da autopoiese social não descreva *condutas* ou *ações* sociais, mas tão somente *comunicações*, é inegável que tais comunicações têm por consequência a cristalização de expectativas normativas e a pacificação social, havidas *como se* o sistema autopoietico tivesse determinado tais condutas. O modelo ideal do sistema social descreve a si próprio, isto é, trata-se da teoria teorizando sobre si própria, na expectativa de que a realidade social seja descrita a partir do modelo proposto. O sistema tautológico apresentado serve exclusivamente para prever as próprias descrições, num festival de formas eternas e de conteúdos contingentes. A probabilidade de uma determinada sociedade, real e concreta, parecer-se com as descrições realizadas pela teoria da autopoiese social só não é baixa porque tal teoria é utilizada como *modelo a ser seguido*.³⁴

Dessa consideração surgem dois problemas. O primeiro, que permite afirmar que as condutas esperadas – por não serem comunicações, mas ações – ocorreriam *fora* do sistema social e não dentro (pois apenas existem comunicações dentro do sistema, tudo o mais pertence ao meio ambiente);

e o segundo, em que a relação entre comunicação do sistema e conduta do indivíduo não é uma relação nem analítico-dedutiva nem de causalidade, mas de *imputação*.

6. As descrições sistêmicas são prescritivas

Quanto ao primeiro problema, relativo a condutas e ações humanas, o próprio Luhmann as considera eventos *exteriores* ao sistema autopoietico. Luhmann abstrai a relação social dos termos dessa relação a ponto de identificar a *comunicação abstrata* como a *essência* de toda a sua teoria dos sistemas, que é desenvolvida, portanto, sem considerar a concreticidade das pessoas que se organizam em sociedade: as pessoas, suas ações, seus interesses, suas vontades, nada disso pertence ao sistema social, mas ao meio ambiente cuja complexidade será reduzida a partir da atividade sistêmica.

As condutas humanas são compreendidas, no interior do sistema, na forma de comunicações. As interações entre indivíduos, havidas no âmbito do meio ambiente, são *ruídos cabóticos* transcritos na linguagem interna do sistema jurídico como situações conforme ou não conforme o direito. Isso é assim porque foi o modo como a teoria sistêmica foi desenvolvida, a partir da diferença entre sistema e meio ambiente. A ficção da autopoiese sistêmica adquire caráter *dogmático*: para que a teoria sistêmica funcione de modo a descrever a realidade social, a realidade social precisa ser transcrita na forma de comunicações, para que o mundo real faça sentido³⁵ dentro da teoria. Isso não significa que as condutas e ações humanas só fazem algum sentido se o sistema autopoietico identificar tal sentido e descrevê-lo na forma de comunicação, mas sim que o sistema considerará válido apenas o sentido que ele, sistema, der às condutas e ações ocorridas no meio ambiente.

Ao descrever a sociedade a partir do sistema, ao dar sentido ao que ocorre (ou deixa de ocorrer na sociedade) segundo a lógica interna do sistema social (e dos seus subsistemas), Luhmann confere separação estanque entre as várias dimensões da realidade social, *como se* fosse possível separar hermeticamente as condições econômicas das jurídicas ou das políticas. Isso acaba servindo à manutenção das relações sociais de dominação de classe, o que é simplesmente desconsiderado pela teoria sistêmica. Luhmann afirma que a relação entre meio ambiente e sistema não é causal, pois o fechamento operativo do sistema e a simultaneidade dos eventos dentro e fora do sistema impedem que um cause algum efeito no outro. É como as propriedades do triângulo geométrico, que são todas já dadas simultaneamente com a apresentação do triângulo. As relações de antecedente e

consequente, próprias das deduções lógico-formais, só se dariam dentro do sistema, por força da ficção autopoietica.

No entanto, as comunicações sistêmicas acabam por adquirir estatuto *normativo* quando descrevem seu meio ambiente. Eis, aqui, talvez, a principal aproximação da teoria de Luhmann com a filosofia de Hegel, para quem o mundo *é como deve ser*. Em Luhmann, a finalidade se reduz à funcionalidade³⁶ (*como o sistema funciona*), o que impede de afirmar, de início, que há a previsão de um dever nas funções do sistema. No entanto, como os sistemas sociais são construtos cuja função é produzir comunicação, essas claramente determinam um sentido para as relações humanas. Mais que isso, acabam elas por definir entre as condutas que devem ser entendidas como positivas e as que devem ser entendidas como negativas.

Isso se mostra óbvio no sistema jurídico, mas tal situação ocorre no sistema social como um todo e em todos os seus subsistemas. Segundo os cânones da teoria sistêmica, só há comunicação *dentro* do sistema, tudo o que vem de fora *é ruído*. Tudo o que está fora do sistema está em desordem, em um caos que só pode ser ordenado pelas operações internas do sistema. Assim, todo ruído advindo do meio ambiente é descrito conforme as operações sistêmicas. Sempre que ocorre um ruído (algo a ser definido pelo sistema social, pela atribuição de um sentido específico, como comunicação), o sistema estabelece uma programação de modo que os ruídos sejam sempre identificados conforme uma comunicação determinada.

Embora Luhmann formalizasse essa situação nos termos “*se ocorrer uma conduta x, então é uma comunicação y*”, há absoluta *ausência de causalidade* entre os dois lados da forma (entre sistema e meio ambiente). Não há relação *necessária* entre evento externo e interpretação sistêmica, pois a observação sistêmica é, a exemplo de todos os elementos que compõem o sistema autopoietico, *contingente*. Essa falta de relação necessária *impede* que um evento externo (no meio ambiente) seja *feito* de uma comunicação interna (sistema), assim como impede, no sentido oposto, que uma comunicação interna seja *feito* da ocorrência de evento externo ao qual a comunicação se refira. A relação entre meio ambiente e sistema só pode ser, portanto, *imputativa*, de *causa e consequência*: “*se ocorrer uma conduta x, então deve ser uma comunicação y*”.

Como são os homens os participantes das comunicações sistêmicas, toda comunicação dita pelo sistema (por exemplo, “*a conduta é esta*”), será utilizada pelos seres humanos em outros termos (“*o sistema determina que a conduta deve ser esta*”). Trata-se de uma situação que pode ser aclarada pela

distinção kelseniana entre proposição descritiva e proposição prescritiva, isto é, a mesma norma, dita por pessoas diferentes, pode ser entendida tanto como uma afirmação de que a norma existe quanto como um aviso de que a norma deve ser cumprida. Também pode ser aclarada por meio da conhecida ilustração de Ferraz Jr., do motorista que é “*informado*” pelo jornalista de que “*é proibido estacionar ali*” e é “*advertido*” pelo policial com o uso da mesma frase. Entretanto, aqui são atividades linguísticas (cometimentos) diferentes, ainda que com o mesmo conteúdo (relato). O motorista entenderá que o jornalista lhe passa algo de caráter *informativo* e que o policial lhe apresenta a mesma informação, mas com caráter de *advertência*.³⁷

Não se discute, aqui, a inegável a capacidade das normas sociais em geral, e das jurídicas em particular, de direcionar as condutas humanas num ou noutro sentido; apenas se afirma que é lógica e materialmente *impossível* que todas as condutas ocorram tal como as normas jurídicas (ou as descrições sistêmicas) as prescrevam (ou as observem). Justamente por conta da ausência de relação de causalidade material ou de antecedente lógico entre *ser* e *dever-ser* ou entre *meio ambiente* e *sistema*, não há como considerar a existência de relação necessária nem entre ser e dever ser, nem entre sistema e meio ambiente. Não quero com isso, em momento algum, identificar *mundo do ser* com *meio ambiente* tampouco *mundo do dever ser* com *sistema*. No entanto, as considerações ora apresentadas são cabíveis tanto num estatuto teórico quanto no outro.

A conduta a ser seguida ou a compreensão da comunicação sistêmica pelos homens não são efeitos necessários nem da informação dada por um terceiro (na forma de *proposição descritiva* sobre como o dever ser é, pela qual se *relata* qual é a expectativa normativa sobre o caso concreto), nem da informação dada por uma autoridade competente (na forma de proposição prescritiva sobre como deve ser a conduta), tampouco pela observação orientada segundo as operações internas de um sistema social autopoietico.

Segundo a teoria de Luhmann, o mundo é dividido em sistema e meio ambiente, e tudo ocorre ao mesmo tempo. Isso significa que o evento ocorrido no meio ambiente e a observação do evento realizada pelo sistema acontecem no mesmo momento e sem relação de causalidade. Como a lógica interna do sistema autopoietico é o que dá sentido à realidade (que recebe sentido na medida em que é observada), seguindo o ponto de vista dessa lógica interna do sistema autopoietico, evento externo e observação interna são *uma e mesma coisa*. Embora o evento e sua observação sejam duas coisas completamente distintas, isso não é considerado: há confusão

entre ser (objeto conhecido, *referente*) e conceito (sentido dado ao objeto que se conhece, *significado*).³⁸

Tal sentido dado pelo sistema serve para orientar não a ocorrência de outros eventos a serem observados, mas para orientar as próximas observações do próprio sistema. Isso não quer dizer que os demais eventos que ocorrerão vão aparecer tal como o sentido inicialmente dado pelo sistema ao evento anterior, e também não quer dizer que outros eventos receberão sentido idêntico ao anteriormente dado. A contingência das relações sistêmicas, um dos elementos-chave da teoria da autopoiese social, seria *negada* se os novos sentidos fossem causados pelos anteriores ou se os eventos novos fossem efeito dos sentidos normativos anteriormente declarados pelo sistema. Fosse o sistema causado por eventos externos, todo o edifício teórico da autopoiese social ruiria aos pés de Luhmann.

Desse modo, por não haver causa e efeito entre teoria sistêmica e realidade social, a formalização das observações sistêmicas nos termos “*se ocorrer x (no meio ambiente), então é y (no sistema)*” ou “*se é conferido o sentido x (pelo sistema), então (no meio ambiente) é y*” se apresenta absolutamente inadequada, por se tratar de orientação de expectativas, de determinação de deveres, de o sistema afirmar não o que é no meio ambiente, mas o que deve ser: tanto o que *deve ser* entendido, dentro do sistema, pela ocorrência do evento, como qual *deve ser* o sentido daquele evento para os participantes da comunicação, que se encontram no meio ambiente.

O modelo prescritivo da teoria sistêmica imputa a qualquer evento uma certa consequência para o fim de reduzir expectativas normativas e diminuir as possibilidades de frustração. O sistema *direciona* as condutas, *comunicando* quais *devem ser* as condutas positivas e as negativas. Por conta de tal direcionamento, espera-se que a comunicação seja não só bem recebida como seguida *prescritivamente* pelos participantes do sistema social, conduzindo-se conforme as comunicações feitas no interior do sistema autopoietico.

A propósito de tantas ficções, eis aqui mais uma. Sem querer, acaba-se por tratar o sistema *como se* esse tivesse vontade própria, como se pensasse, como se agisse, como se tivesse interesses próprios. Trata-se, sem dúvida, de uma *entificação*, de uma *ficção personificatória*. Atribui-se ao sistema a capacidade de conferir sentidos aos textos normativos, mas na verdade o sistema tão somente *reflete* os sentidos tornados socialmente relevantes pela força ideológica das classes sociais hegemônicas. Tais sentidos hegemônicos, postos como neutros porque observados *imparcialmente* por um siste-

ma *politicamente neutro*, acabam por neutralizar outros sentidos possíveis (em geral, conforme interesses de outros grupos e classes sociais, mas que não atingem força política ou social capaz de alterar o sentido hegemônico). O sentido dado às normas jurídicas acaba sendo cristalizado de modo a impedir a eficácia de outros sentidos aos textos normativos, o que denota a característica da autopoiese social de atribuir claro efeito *conservador* às estruturas de dominação vigentes.

A prescritividade das descrições sistêmicas se apresenta como uma *re-paginação* da teoria platônica dos conceitos, segundo a qual a realidade *deve ser* no sentido das formas que habitam o mundo das Ideias, ou da Jurisprudência dos Conceitos (ou Escola da Exegese), segundo a qual as normas jurídicas decorreriam logicamente de conceitos puros, racionalmente identificados pelo intelecto humano. Se a realidade porventura for diferente do que estiver estabelecido no conceito ideal, muda-se a realidade para que essa venha a se adequar aos termos do conceito, e não o conceito, para refletir o *ser* da realidade.

Toda afirmação no sentido de identificar a realidade a um conceito tem nítido caráter prescritivo, e não descritivo. Neves (2004, p. 167) parece ter constatado o problema da descrição insuficiente da teoria autopoietica tanto na vertente de Luhmann quanto na de Teubner, pois “elas não são aplicáveis a numerosos contextos de comunicação da sociedade mundial de hoje [...] onde a positividade como autonomia do sistema jurídico não se realiza suficientemente”. Esses autores, contudo, exortam no sentido de que o paradigma da autopoiese deve ser levado em conta (Luhmann, 2004, p. 68), o que é verdade, afinal nenhuma teoria tem abrangência capaz de englobar todos os aspectos de seu objeto de estudo. Procuo, aqui, seguir um pouco adiante, no sentido de considerar que o “déficit de descrição” da autopoiese social é suprido por sua natureza prescritiva.

Há outro motivo que justifica a prescritividade da teoria sistêmica, além do fato de Luhmann recusar a relação de causalidade entre sistema e meio ambiente: os pressupostos paradigmáticos servem para *controlar* a lógica do discurso (Morin, 2003, p. 162), já que *nenhum discurso é neutro*.³⁹ Não é diferente nas ciências sociais, nem na teoria sistêmica, nem com o conceito de autopoiese. O discurso da teoria sistêmica apresenta uma visão de mundo e *determina* a compreensão de seu objeto de estudo (a sociedade, o direito, a política, a economia) segundo essa visão. Essa determinação se opera segundo uma relação de imputação, isto é, *se* algo ocorre *x*, então *deve ser y*.

7. À guisa de conclusão

Ao se afirmar descritiva, a teoria de Luhmann neutraliza todos os demais sentidos possíveis para a construção da realidade social, pois descrições são verdadeiras ou falsas. A descrição sistêmica é dada como verdadeira, mas trata-se, na realidade, de uma das possíveis compreensões de como viver em sociedade. Isso se mostra extremamente útil para os grupos sociais que dominam a sociedade, pois serve à manutenção dessas mesmas condições de dominação. Quaisquer outras formas de organização social possíveis são descartadas sob o argumento de que não são compreensíveis (ou não são lícitas) a partir do sistema social (ou jurídico) vigente, haja vista que seu conceito fundamental, a autopoiese, já teria imposto a forma de se compreender a sociedade e o direito.

Tivesse Luhmann apresentado sua teoria como prescritiva, afirmaria o real estatuto da autopoiese que, muito diferente de descrever a sociedade ou o direito, serve exclusivamente a informar como certas regras sociais e jurídicas devem ser seguidas. Ao negar a prescritividade, o autor oculta a intenção ideológica conservadora da teoria sistêmica por detrás de uma pretensa – e inexistente – objetividade científica, que impede de se levar a sério o conceito de autopoiese social.

8. Notas

¹ Artigo desenvolvido a partir do Capítulo II da tese de doutorado ainda inédita deste mesmo autor (Mastrodi, 2008) e aceito, na sua versão em língua inglesa, como *paper* para apresentação no grupo de trabalho n. 1 do 25º Congresso Internacional de Filosofia do Direito (IVR World Congress), em agosto de 2011.

² Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Endereço eletrônico: mastrodi@puc-campinas.edu.br.

³ Luhmann, em inúmeras passagens de seu *Sistemas sociais*, é claro ao afirmar que o sistema social autopoietico só possui comunicações dentro de si e que não há comunicações fora do sistema social (1995, p. 34). Martínez García, em seu *Aviso aos juristas* no prólogo de obra de Luhmann vertida ao castelhano (2005a, p. 32-3), apresenta todas as mediações necessárias para entender porque a comunicação deve ser o elemento do sistema social. Como não poderia deixar de ser, ele parte do pressuposto metodológico fundamental, qual seja, o *mantra* segundo o qual os sistemas sociais são autopoieticos e de que o sistema é autopoietico por produzir seus próprios componentes

⁴ “O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais. Definido nesses termos, o direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja, não através da constância de uma dada qualidade original do ‘dever ser’, nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo a ‘sanção estatal’. Esses elementos convencionais da definição do direito não são, com isso, excluídos ou tornados irrelevantes,

mas são referidos como características que determinem a natureza do direito. O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas” (Luhmann, 1983, p. 115). As ênfases não estão no original. A irrelevância da sanção permite a Luhmann pôr a própria noção jurídica de norma como passível de ser *substituída* pela noção sociológica de *risco* (2005a, p. 198).

⁵ O direito já era considerado algo formado essencialmente de comunicações ao menos desde 1972 [1983], o que foi confirmado em 1984 [1995] e em 1993 [2005]: “As normas se enraízam em comunicações, não em fatos” (Luhmann, 1983, p. 68).

⁶ Vaihinger (1952), pensador alemão de qualidades pós-kantianas, desenvolveu sua *Filosofia do como se* (*As If, Als Ob*) para demonstrar a importância da criação de ficções para o desenvolvimento prático do homem no seu processo de conhecimento do mundo. Esse autor demonstra, em sua obra principal, que as aplicações das *invenções ficcionais* sempre foram imprescindíveis para a criação de modelos de pensamento nos mais variados campos do saber, desde a matemática até o direito. Ele define as ficções como *modelos* do pensamento que não existem no mundo e que são contraditórias tanto à realidade quanto a si próprias, mas que, não obstante, tais artifícios são necessários para a resolução de problemas práticos que, sem seu uso, tornam-se problemas sem solução.

⁷ Invenção em oposição a descoberta. Ficções são construídas, criadas pelo intelecto humano, e não identificadas a partir da observação da natureza. Tanto que seu Capítulo XXXVI é denominado “A falsificação da realidade pelas ficções lógicas” (1952, p 159-63). Vaihinger apresenta as diferenças básicas entre hipóteses e fic-

ções (ibid., p. 87-8) fazendo a seguinte correspondência: hipóteses são *descobertas*, podem ser *verificadas* e visam a ser *definitivamente estabelecidas*; ficções são *inventadas*, podem ser *justificadas* (mas não verificadas) e visam a ser instrumentos de descoberta da realidade, *substituíveis* tão logo seja possível.

⁸ “As seqüências do acontecer não são causais, assim como os contextos que compreendem os eventos não são contextos de causalidade” (De Giorgi, 1998, p. 32). “O direito mesmo não precisa de nenhuma causa” (Luhmann, 2005a, p. 116).

⁹ Luhmann (1983, p. 170 e 226; 2005a, p. 508-13, 547); Habermas (1997, p. 63).

¹⁰ Luhmann (2005a, p. 272); Maturana (2007, p. 5).

¹¹ “Se o ponto de partida da reflexão constitui as operações autoproduzidas atemporalmente (Luhmann, 1995, p. 11 e 13), então se segue que tudo o que se sucede acontece no presente” (2005a, p. 101); “...tudo o que sucede, acontece simultaneamente e agora – e não no passado ou no futuro” (ibid., p. 166). Ou ainda: “Se consideramos que tudo o que acontece acontece no presente podemos ver que, nesta sociedade, não podem existir centros de controle, autoridades que ofereçam últimas garantias, seguranças na construção da realidade ou certezas para o futuro” (De Giorgi, 2006, p. 229).

¹² Luhmann aponta para uma historicidade imanente do direito (2005a, p. 187), mas essa é dissociada do fato de as normas jurídicas serem válidas: para ele, o tempo é criação de cada sistema social (ibid., p. 101 e 113), pois depende da operacionalidade do código interno. O tempo é tão artificial quanto quaisquer

outras operações do sistema (ibid., p. 105). Uma vez que Luhmann *atemporaliza* a história ao assumir que todos os eventos ocorrem no presente e ao mesmo tempo, ele nega qualquer relação de causa e efeito na realidade. Isso será tratado mais propriamente no item 6 deste trabalho.

¹³ Luhmann, 2005a, p. 150-1, 219 e 287.

¹⁴ Id., ibid., p. 72 e 85.

¹⁵ Id., ibid., p. 88-92; 2005b, p. 99.

¹⁶ Id., 2005a, p. 191-2.

¹⁷ Não obstante, e certamente para evitar problemas insanáveis no interior da teoria da autopoiese social, não se cogita perguntar *quem foi* que criou o jogo. A resposta “o próprio jogo” não é convincente.

¹⁸ “Não são retratos da realidade verdadeira, são apenas um símbolo utilizado para lidar com a realidade, um expediente lógico feito para possibilitar nossas ações no mundo real” (Vaihinger, 1952, p. 63).

¹⁹ Não obstante, não deixa de ser uma afirmação óbvia em termos dialéticos, haja vista que o conceito é sempre universal e a realidade é sempre particular. Tal contradição entre esses polos é superada pela construção de uma situação concreta e singular.

²⁰ Vaihinger, 1952, p. 44 e 47.

²¹ Id., ibid., p. 51.

²² Id., ibid., p. 52.

²³ Id., ibid., p. 54.

²⁴ Id., ibid., p. 55.

²⁵ Id., ibid., p. 59.

²⁶ Id., ibid., p. 61-2.

²⁷ Id., ibid., p. 16 e 17.

²⁸ Vaihinger (ibid., p. 61-98). *A fortiori*: ideologias são ficções no sentido de visões de mundo baseadas em certos interesses, valores e vontades, e são violentas não só em relação ao pensamento e à realidade, mas aos interesses dos demais grupos sociais sobre os quais a ideologia é imposta.

²⁹ “[...] se houver uma contradição com a realidade, então a ficção só pode ter valor se usada provisoriamente até que a experiência se torne mais rica, ou até que métodos de pensamento se refinem para que aqueles métodos provisórios possam ser substituídos por outros, definitivos. Do mesmo modo que se descartam ficções no curso de uma dada operação mental necessariamente por conta de sua característica contraditória, pois, ao final, nosso objetivo é obter resultados não-contraditórios” (Vaihinger, ibid., p. 98).

³⁰ Essa característica pertence mais ao método do cientista que da ficção em si. Não obstante, ela é assim apresentada por Vaihinger (ibid., p. 98). Essa questão se refere diretamente ao fato, muito comum, de cientistas e filósofos, ao menos no início do desenvolvimento de suas teorias, elevarem suas ficções à categoria de hipótese: “[...] os homens tomam tudo o que é dito como indubitavelmente natural e verdadeiro e, primeiro, não apenas supõem que os conceitos de pensamento são representativos da realidade, como também consideram os métodos e processos de pensamento como idênticos aos processos e leis da realidade mesma – um erro subsequentemente canonizado por eminentes filósofos. [...] Em um grande número de ficções temos visto a situação descrita acima, ou seja, que os pensadores primeiro adotam tais métodos e processos como hipóteses e a realização de sua natureza ficcional só se desenvolve depois” (ibid., p. 99). No âmbito das ciências jurídicas, o exemplo mais candente é a teoria pura do direito de Kelsen.

³¹ “Para nós, o elemento essencial em uma ficção não é o fato de ela ser um desvio consciente da realidade, uma simples peça de imaginação – mas o que queremos deixar claro é a natureza de utilidade desse desvio. Essa utilidade é o que constitui a transição da subjetividade pura de Kant para um moderno Positivismo” (Vaihinger, ibid., p. 99). Luhmann não tem dúvida de que o sistema jurídico de sua teoria é um instrumento para resolução de problemas práticos. Tanto que ilustra a situação em que o Direito Positivo realiza as funções do décimo segundo camelo na divisão da herança de onze camelos entre três irmãos, na proporção de metade, um quarto e um sexto (2004, p. 33-108). Serve para resolver problemas e mais nada; essa seria sua função sistêmica.

³² Em que pese o “sucesso” da teoria sistêmica, a autopoiese social não deve ser considerada para fins filosóficos ou científicos justamente pelos fatos de: 1) em termos epistemológicos, não reconhecer seu estatuto fictício, afirmando-se hipotética e faticamente comprovável; 2) em termos metodológicos, não representar meio adequado ao atingimento de fins sociais (pois essa teleologia é negada no corpo da própria teoria); 3) em termos políticos, ser excessivamente violenta na imposição de ideologia e; 4) em termos jurídicos, não compreender a realidade material do direito. Tais considerações, contudo, não serão desenvolvidas neste artigo por fugirem ao seu objeto.

³³ A fortaleza da teoria de Vaihinger, qual seja, sua idealidade abstrata é justamente o que lhe impede de compreender a realidade material concreta. Assim como Luhmann, Vaihinger não nota que a realidade não pode ser apreendida pelas ficções em sua totalidade concreta, porque essas simbolizam apenas aspectos abstratos do real e não o real em todas as suas dimensões. Não há problema algum no

fato de as ficções serem contraditórias em relação a si próprias ou à realidade: na realidade concreta, tudo é contraditório. Cf. a respeito Heráclito (1996, p. 85-101), Hegel (1996, p. 102-16) e Marx (2003, p. 4-5), bem como os Capítulos III e IV de Mastrodi (2008).

³⁴ Isso parece ficar claro quando Luhmann afirma que o direito é um sistema que visa à generalização congruente de expectativas normativas (1983, p. 57 e 115), ou seja, é um sistema operativamente fechado que identifica, pelas decisões institucionalizadas no interior do sistema, todas as condutas sociais como conforme e não conforme o direito. A existência desse sistema confere aos indivíduos a segurança jurídica de que certas condutas serão consideradas lícitas e que suas expectativas nesse sentido não serão frustradas.

³⁵ Conforme Guerra Filho (2001, p. 192): “O sistema (jurídico) é autopoietico e diferenciado dos outros [subsistemas sociais], pois estabelece conexões que conferem sentido (jurídico) a condutas referidas, assim, umas às outras e delimitadas, no sistema, em relação ao ambiente”.

³⁶ Ressalte-se o termo *funcionalidade*, e não *finalidade* ou sentido prévio, pois o sistema social luhmanniano não teria nenhum desses atributos: “Nessa perspectiva, a dimensão teleológica torna-se uma dimensão da cognição do observador; ou seja, quem percebe nexos lógicos ou finalistas é aquele que observa o sistema. Uma finalidade (*telos*) não está explícita ou é intrínseca aos sistemas autorreferenciados. Isso significa que a autorreferência é também uma autorreferência teleológica. O sistema ‘justifica’ a sua razão de ser na própria razão de sê-lo” (Mendonça e Rodrigues, 2006, p. 92). A propósito dessa qualidade de autojustificação, não é demais lembrar que se trata da última ca-

racterística essencial que Vaihinger confere às ficções (cf. item 4 deste trabalho).

³⁷ Num exemplo *luhmanniano*, o policial seria substituído por ou faria as vezes do sistema jurídico.

³⁸ Essa confusão causa outros problemas e há um em especial, na área da ideologia, que merece menção: como, de acordo com a teoria dos sistemas autopoieticos, o único sentido válido de objeto é exatamente aquele dado pelo sistema, todos os demais sentidos possíveis são totalmente neutralizados. Cf. Luhmann, 2005b, p. 107-14 e Ferraz Jr., 2003a, p. 276-7 e 282; 2003b, p. 60-3).

³⁹ “Como assinalado, a palavra nunca é neutra. Ela é forjada no contexto de um mundo social embalado por relações de poder, das quais ela constitui representação e simbolização, ainda que o falante possua, em geral, uma consciência muito frágil da origem social e ideológica das palavras das quais se serve. Consciência parcial que, em nenhum caso, impede que a língua prossiga seu caminho determinando as visões de mundo e as ações de locutores e receptores” (Carboni e Maestri, 2003, p. 119).

9. Referências Bibliográficas

CARBONI, Florence e MAESTRI, Mário. A linguagem escravizada: língua, história, poder e luta de classes. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

-----, Direito, tempo e memória. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica,

- decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003a.
- . Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003b.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v I.
- HEGEL, G.W.F. Preleções sobre a história da filosofia. Os pré-socráticos: vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 102-16 e 144-56 (Coleção Os Pensadores).
- HERÁCLITO DE ÉFESO. Dados biográficos, doxografia e fragmentos. Os pré-socráticos: vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 81-101 (Coleção Os Pensadores).
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- . Social systems. Stanford: Stanford University Press, 1995 (versão para a língua inglesa de Soziale Systeme. Grundri einer allgemeinen Theorie).
- . A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (orgs.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33-108.
- . El derecho de la sociedad. 2 ed. México: Herder, 2005a.
- . Poder. Barcelona: Antropos, 2005b.
- MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MASTRODI, Josué. Crítica dialético-realista à ideia de autopoiese no direito. Tese (Doutorado: Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo, 2008.
- MATURANA, Humberto. Autopoiesis, structural coupling and cognition. International Society for the Social Systems, 2007. Disponível em: <http://www.isss.org/maturana.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2011.
- MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. 4 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003,
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (orgs.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 145-74.
- TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- VAIHINGER, Hans. The philosophy of 'as if'. Londres: Routledge, 1952.



ÉTICA NO PODER JUDICIÁRIO SOB A VISÃO ARISTOTÉLICA

Érika Barboza de Carvalho¹

Introdução; 1. Evolução histórica do Direito Natural e do Direito Positivo; 1.1. O direito na antiga Grécia; 2. Aspectos gerais do Direito Positivo; 2.1. O Iluminismo e a sua influência na Revolução Francesa; 2.2. O significado do Código Civil francês de 1804; 2.3. Aspectos históricos sobre o Direito Positivo; 3. Poder Judiciário: ética aristotélica e reforma; 3.1. Introdução; 3.2. Constituição e justiça; 3.3. O juiz; 3.4. Reforma do ensino jurídico; 3.5. A construção da ética profissional a partir da reforma institucional do Judiciário; 3.6. Sobre o código da magistratura; 4. Considerações finais; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

Introdução

O objetivo da escolha do tema é observar e refletir de que forma as problemáticas aristotélicas, ao conceituar ética, justiça e moral, podem se refletir na conduta dos órgãos do Poder Judiciário e na tomada das suas respectivas decisões a fim de alcançar a tutela jurisdicional de forma satisfatória, digna e justa, tão desejada pelo Poder Constituinte e pela sociedade.

A ética no Poder Judiciário, antes mesmo de ser propriamente analisada, deve ser refletida sob a ótica da problemática aristotélica da busca pela justiça, a qual será o objeto do presente estudo para a compreensão da extensão da ética sob uma visão da atuação do magistrado. Portanto, é importante traçar aqui um molde da pretensão da ética: as condições de aplicação da justiça, quando não são determinadas.

É sabido e inegável que a justiça pode assumir rostos diversos, adaptados, todas às vezes às teses dos adversários confrontados. É por isso que a primeira tarefa que se impõe é uma análise científica do conceito de justiça que permita distinguir a variedade de seus sentidos e de seus usos.

Quanto ao sentido da palavra *ethos*, a confusão nasceu devido ao fato de que, pela sua origem grega, *ethos* possuía, ao mesmo tempo, dois sentidos distintos devidos a um pequeno detalhe na pronúncia da palavra. Quando se pronunciava o “e” fechado, costumava-se representar esse som escrevendo a palavra da seguinte forma: *thos*. Com o “e” fechado, *ethos* significava “costume”. Por sua vez, quando se pronunciava *ethos* com o “e” aberto, sua grafia era assim: *éthos*. Nesse último caso, *ethos* significa *caráter* ou *hábito*. Portanto, enquanto o costume remete à sociedade, o caráter ou hábito, diferentemente, diz respeito ao indivíduo. Entre todos os indivíduos, é no sábio que vemos a maior expressão de caráter: é do caráter que procedem as virtudes, sendo a mais importante delas a justiça, considerada a virtude central.

Para Aristóteles, a justiça é um *justo meio* entre dois extremos: o egoísmo e o altruísmo. Isso significa dizer que o homem justo não pensa apenas em si (como faz o egoísta) ou apenas no outro (à maneira do altruísta). O homem justo busca a justa medida entre o bem próprio e o bem do outro.

Logo, muito mais importante do que saber direito é a pessoa conhecer-se, interessar-se pelo semelhante, condoer-se de alheio sofrimento. Depois, vontade de trabalhar, humildade, espírito público.

1. Evolução histórica do Direito Natural e do Direito Positivo

1.1. O direito na antiga Grécia

A noção de um Direito Natural, distinto do Direito Positivo, é muito antiga. Entre os pensadores gregos, o Direito Natural era visto como expressão de exigências éticas e racionais, superiores às do Direito Positivo ou Histórico, passando a ser objeto de estudos especiais, até se converter em verdadeira “teoria”.

A ideia de Direito Natural foi desenvolvida por Sócrates, que via na voz da consciência um reflexo de valores supremos, bem como a ordem do mundo estabelecida por Deus. Posteriormente, essa noção foi comentada por Platão, que distinguia o justo “em virtude da natureza” do justo “em virtude da lei”. Na sua obra *Republica*, Platão defendeu a tese de que o Estado ideal não é governado por leis feitas de acordo com a vontade humana, “mas sim por princípios da natureza, ditados por conhecedores da ciência real, a ciência da Justiça (Themis, esposa de Zeus)”.² Seu discípulo, Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, aprofundou tal pensamento ordenando-se segundo estruturas lógicas ajustadas ao real, dando uma base sólida à noção de moral, independentemente das leis do Estado:

Com efeito, essa visão moral é o que há de mais nobre, e é algo que não podemos adquirir nem aprender de outra pessoa, mas o temos sempre tal como nos foi dado ao nascer; e ser bem e naturalmente dotado dessa qualidade é a excelência perfeita no que tange aos dotes naturais.³

Sendo o Direito Natural lei eterna e universal no sentido de ser igual para todos os homens, sejam civilizados atenienses, sejam os bárbaros, a natureza exige que nos tratemos mutuamente com igual respeito e que atribuamos uns aos outros a mesma dignidade tendo em vista o fato mesmo de nossa fraternidade humana original.

Se a natureza é a fonte de preceitos a que qualquer indivíduo pode ter acesso, segui-la é, portanto, o primeiro dever do homem, pois equivale a viver segundo a razão. Essa razão, quando solidamente estabelecida e plenamente desenvolvida na mente humana, é o direito. Eles acreditam em que o direito é o entendimento cuja função natural é comandar a boa conduta e coibir o erro. A origem da justiça deve ser encontrada no direito, pois o direito é uma força natural; é a mente e a razão do homem inteligente, o critério pelo qual se avaliam a justiça e a injustiça. Para determinar o que é justiça, podemos começar por aquela lei suprema que teve suas origens muito tempo antes de qualquer lei escrita existisse, ou que qualquer Estado se houvesse estabelecido. Assim, pode-se dizer que o Direito Natural confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva.

Sendo assim, dois são os critérios que distinguem o Direito Natural do Positivo:

a) O primeiro é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, ou seja, tem validade universal, independentemente do lugar, enquanto o segundo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.

b) O Direito Natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas que são boas em si mesmas. O Direito Positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Registre-se que uma grande peça que representou bem o conflito entre Direito Positivo e Direito Natural foi *Antígona*. Essas tensões “legais” são diversamente representadas como:

a) As exigências do Direito Natural *versus* Positivismo. Para Hegel, a tragédia é estabelecida a partir de uma disputa entre a família e o Estado, sendo Creonte representante do Estado e Antígona, da família. Antígona é portadora de uma injunção divina que é absoluta. Creonte está incumbido da responsabilidade de dar forma às leis da comunidade.

b) O dever de um indivíduo para com sua família *versus* seu dever para com o Estado, duas formas conflitantes e irreconciliáveis de dever que também representam os elos da sociedade civil em oposição àquelas do Estado político.

c) As exigências da razão prática que enfrenta com determinação um dilema imediato *versus* as exigências de uma racionalidade teórica (o utilitarismo de Creonte) que se volta para uma categoria dos interesses de Estado.

d) Os primórdios da racionalidade individual, a subjetividade, contra a concepção de justiça que prega a obediência às regras objetivas do corpo social.

2. Aspectos gerais do Direito Positivo

2.1. O Iluminismo e sua influência na Revolução Francesa

Na maior parte dos países da Europa, o regime de governo era a monarquia, composta por uma sociedade do tipo patriarcal e aristocrático, em que os representantes das famílias mais importantes ocupavam os mais elevados cargos do Estado. Esse sistema social e político, que vigorou desde a Renascença (século XVI) até a Revolução Francesa (século XVIII), chamou-se Antigo Regime. Era a dinastia Bourbon dos Reis Luis XIII, Luis XIV e Luis XV na França.

Com a Revolução Francesa, de 1789, marca-se o fim da Idade Moderna e o começo da Idade Contemporânea. De fato, essa revolução teve como grande influência o Iluminismo, definido como um movimento intelectual que influenciou a Europa a partir do século XVIII. De uma forma geral, o

movimento pode ser visto sob vários ângulos. Do ponto de vista político, os iluministas buscaram pensar em termos de cidadania não somente a posição do povo, mas também como deveriam ser governantes no exercício do poder do Estado. Dessa forma, a igualdade, como um direito natural, só seria realizada quando reconhecida como um direito positivo, garantido por um corpo de leis e pela força do Estado. Percebe-se que, a partir do Iluminismo, a França começou a ter influência do positivismo jurídico, surgindo, assim, ideias novas pregadas por pensadores, os quais tiveram como uma das principais figuras Montesquieu, que, em seu livro *L'esprit des lois (O espírito das leis)*, ensina que o regime vem da história de um povo, por meio das leis.

Entretanto, o grande autor de novas concepções de vida seria Jean-Jacques Rousseau, chamado o Pai da Revolução. Em sua obra *O contrato social*, Rousseau afirma que o estado natural do homem não é o da vida em sociedade, mas o do isolamento. O homem não é um animal social de Aristóteles. Por não ser natural, a sociedade só pode advir de um livre contrato ente os homens, de onde se deduz que as normas que regem a vida social e a política são expressões da vontade dos contratantes, isto é, dos membros do grupo social.

No entanto, essas ideias, por serem muito abstratas, precisavam de um exemplo concreto para se impor. Esse exemplo veio com a independência dos Estados Unidos da América do Norte. O governo francês apoiou a independência norte-americana, o que lhe custou quase a metade de sua dívida externa, além do déficit no orçamento que já se encontrava imenso.

Destarte, em 9 de Julho de 1789, a Assembleia Nacional tornou-se “Assembleia Constituinte”, sob o juramento dos deputados de somente se disporem após dar à França uma constituição. Com a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, articulada pelos representantes do Terceiro Estado, foi vista como um símbolo de que o Antigo Regime chegava ao fim. Em um primeiro momento, a revolução inicia seu caráter popular.

Em 26 de agosto, é aprovada a Declaração dos Direitos do Homem, resumindo as ideias de Locke e Rousseau que Luis XVI recusava-se a aprovar, gerando uma maior reação popular. Cai na mão do povo o maior símbolo da monarquia francesa, o Palácio de Versalhes.

Publicada a constituição em setembro de 1791, o Poder Legislativo caberia à Assembleia Nacional; o Executivo, ao rei, que tinha direito de veto sobre as decisões da Assembleia. Nesse ponto também o mestre era Montesquieu. A partir dessa data, a França era uma monarquia constitucional como a Inglaterra.

Na Assembleia Legislativa, os deputados da Gironda – Danton, Desmoulins, Roland e Condorcet – iniciaram a luta pela república. Faltava-lhes um motivo para acusar o rei como inimigo do bem comum. Um pretexto lhes foi fornecido pela coligação que a Prússia, a Savoia e a Áustria formaram contra a França em 1792. A família real foi encerrada na prisão do Templo e a república foi proclamada em 22 de setembro de 1792.

Foi o triunfo da burguesia sobre a nobreza, que perdeu sua função de liderança política em benefício dos burgueses. Desde então, esses passaram a ocupar os postos de mando em quase todos os países. O imenso prestígio que Napoleão Bonaparte adquiriu com tais vitórias levou os membros do Diretório a afastá-lo da França, enviando-o para lutar com os austríacos na Itália.

Em 18 Brumário (10 de novembro de 1799), Napoleão se apossou do poder, depondo os diretores *par la force du canon*. Estabeleceu-se então o Consulado, de que participavam três cônsules anuais: Napoleão (Primeiro Cônsul), Sieyes e Ducos. Como Primeiro Cônsul da república, Napoleão decidiu consolidar as conquistas da revolução, reformando as leis francesas e realizando um amálgama das conquistas de 1789 com o Antigo Regime.

2.2. O significado do Código Civil francês de 1804

Em um segundo momento, pela Constituição de 1802, Napoleão passou a ser o cônsul vitalício. Seu desejo era tornar o governo da França hereditário.

Assim, Napoleão deu ao país um conjunto de códigos – de 1804 a 1810 foram codificados o Direito Penal, o Direito Processual Penal, o Direito Civil e o Direito Processual Civil, o Direito Comercial e a Instrução Criminal, sendo a mais importante obra da carreira de Napoleão o Código Civil e tendo em vista que as conquistas da Revolução Francesa (igualdade perante a lei, liberdade religiosa e abolição dos resquícios feudais) foram consolidadas dentro desse código. Além do mais, Napoleão teve a preocupação de criar escolas e universidades cujos professores ensinassem aos alunos a fidelidade ao imperador como mandatário do povo.

2.2.1. A Escola da Exegese

Com a edição do Código Civil francês em 1804, surgiu a chamada Escola Exegética, cujos pontos fundamentais que serviram de embasamento

para o seu surgimento estão assim agrupados, como bem sintetizado por Norberto Bobbio. A primeira causa é representada pelo próprio fato de a codificação, os operadores do direito (juízes, administradores públicos, advogados), procurarem sempre a via mais simples e mais curta para resolver uma dada questão. Existindo um código, torna-se mais fácil e mais simples a procura da solução, desprezando as outras fontes do direito (costume, jurisprudência, doutrina, etc.) e sendo o manuseio dessas fontes mais complexo e demorado.

Uma segunda razão é quanto à mentalidade dos juristas cominada pelo princípio da autoridade, isto é, com a codificação, a vontade do legislador é expressa, segura e completa, bastando aos operadores do direito seguir a vontade da autoridade soberana.

Uma terceira causa, cujo fundamento é jurídico-filosófico da fidelidade ao código, representada pela doutrina da separação dos poderes, constituindo o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno.

Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do Poder Legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei.⁴

Deve-se consignar um outro fator, também de natureza ideológica e representado pelo princípio da certeza do direito, que é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias com base nas normas nele contidas e não em outros critérios. Prossegue Norberto Bobbio dizendo que a exigência dessa segurança jurídica tem como consequência obrigar o juiz a renunciar a toda a sua criação ao interpretar da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, por meio de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

Como último motivo, agora de natureza política, é representado pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos de ensino superior de direito a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis ou perigosas aos olhos do governo napoleônico).

Destarte, a Escola de Exegese, ao trazer como princípio maior “o princípio da onipotência do legislador”, deu toda força ao legislador, limitando proporcionalmente o poder de interpretação dos juízes ao aspecto gramati-

cal e sistemático das disposições do código. Afinal, a lei era a expressão da vontade geral, visando, pois, ao interesse geral sem possibilidade de erros.

2.3. Aspectos históricos sobre o Direito Positivo

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que dominou todo o século passado e domina, em grande parte, até agora. Tem sua origem ligada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval, isto porque, como bem fundamentado por Norberto Bobbio, a sociedade medieval era pluralista e, por conta dessa pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispunha de um ordenamento jurídico próprio, de forma que o direito era produzido pela própria sociedade civil e não pelo Estado.

Sendo assim, se por um lado, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre particulares – sem estar vinculado a escolher exclusivamente normas do órgão legislativo do Estado, mas tendo certa liberdade na escolha da determinação da norma a ser aplicada, aplicando tanto os costumes, quanto os critérios de equidade, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural –, por outro lado, como lembra Norberto Bobbio, com a formação do Estado Moderno, o juiz passa de livre órgão da sociedade para órgão do Estado, sendo subtraída a faculdade do juiz de obter as normas sociais e impondo-lhe somente a obrigação de aplicar as normas postas pelo Estado, o qual se torna, assim, o único criador do direito.

2.3.1. A teoria da norma fundamental de Kelsen

Para efeito de caracterização do positivismo jurídico, deve-se considerar importante a teoria do ordenamento jurídico que se encontra no pensamento de Kelsen. Inclusive, se considerarmos sua origem, verificaremos que, segundo Norberto Bobbio, ela surge entre o fim do século XVIII e o início do século XIX diante da exigência de dar unidade a um conjunto de normas fragmentárias, sendo um risco permanente de incerteza e de arbítrio.

Assim, o austríaco Hans Kelsen (1881- 1973) é tido por muitos como o criador da versão mais radical do positivismo jurídico com sua autopromulgada teoria “pura” do direito.

A teoria pura trata o direito exclusivamente em termos de estrutura formal, deixando o estudo sociológico da prática do direito, do seu desen-

volvimento e das influências político-econômicas para além dos interesses dos cientistas jurídicos.

Para Kelsen, o direito é uma estrutura simples de coerção, um sistema hierarquicamente organizado de normas (não morais) que determinam as condições por meio das quais os agentes do Estado são habilitados (autorizados) a impor sanções.

O autor acredita que o indivíduo deve se empenhar em criar uma ordem humana digna de respeito e dotada de legitimação e de autoridade, sendo essencial manter a distância crítica dos processos de humanização das relações sociais. Assim, o juiz só precisa perguntar-se o que, legalmente, deve ser feito e deixar de lado quaisquer considerações subjetivas sobre o que, moralmente, deve ser feito ou o que é justo ou injusto. Desse modo, o positivismo jurídico parece instruir os juízes no sentido de que eles não poderiam se opor aos comandos da ordem jurídica, uma vez que a autoridade governamental tivesse o poder válido de executar essas ordens.

2.3.2. Críticas à teoria de Kelsen

A teoria de Kelsen pode ser acusada de enfraquecer a imaginação da filosofia jurídica em face do poder social, transformando o jurista ou o advogado num dócil servo de qualquer ideologia política dominante. Assim, a ausência de raciocínio crítico termina por impedir por completo sua adaptação às novas situações sociais.

Como já afirmara Pietro Calamandrei: “Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas devem viver”.⁵

Para a professora do Departamento de Direito da UnB, Maria Eliane Menezes de Farias, a estrutura atual dos cursos jurídicos está inflexível e imobilizada no que tange ao raciocínio crítico. Ao forjar uma mentalidade estritamente legalista em progressiva contradição com a realidade crescente não legalista reduz o saber normativo a um estereotipado “senso comum teórico”.

Pelo contrario, a consciência política é fundamental para o cumprimento da função social do jurista, mas não somente ela. É preciso, em tempos pós-modernos, lançar mão de todos os recursos, intelectuais ou fáticos a fim de que haja uma realização concreta de princípios, entre os quais se sobressai o da defesa da “existência digna” dos seres humanos, presentes e futuros.

3. Poder Judiciário: ética aristotélica e reforma

3.1. Introdução

O direito tem seu fundamento de validade justamente em atender às necessidades e aos interesses individuais e sociais, pelo que não pode ser concebido de forma dissociada das lutas e dramas humanos, reclamos e aspirações populares, nem tampouco pode ser elevado a um nível de abstração que se afaste do quadro histórico em que se encontra inserido – de maneira que o relevante é a concepção do direito como uma ordem estabelecida para servir à justiça, dotado da finalidade precípua de alcançar o bem-estar do povo e atingir a paz social, e não como um mero arcabouço de normas, estático, em relação ao qual o aplicador está jungido tal como um escravo.

3.2. Constituição e justiça

A Constituição de 1988, já no seu preâmbulo, considerou valores supremos, entre outros, o *desenvolvimento* e a *justiça*, havendo, certamente, uma vinculação estreita entre ambos e sendo dever do Estado garantir a sua adequada realização. Com a Emenda Constitucional n. 19, de junho de 1988, acrescentou-se que, além das suas outras características, a administração pública também deveria ser *eficiente*, cabendo à Justiça ser eficiente, obrigação que, por analogia, parece também ser aplicável ao legislador. A necessidade do Poder Judiciário ser eficaz foi recentemente reiterada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que deu nova redação ao Art. 5 da Magna Carta, acrescentando-lhe o Inciso LXXVIII.

3.3. O juiz

Direito não é exclusivamente norma, mas também possui elevado sentido axiológico e um predominante cunho social, que não podem ser despercebidos por aqueles que atuam nessa seara, entre eles o juiz.

O ato de julgar é, em poucas palavras, a essência do Judiciário no papel de prestador da jurisdição suscitada. Essa atividade possui qualificação constitucional prevista nos Arts. 92 a 135 da Magna Carta de 1988.

Destarte, dentro desse contexto, o juiz deve se situar não como mero aplicador da letra fria da lei, mas como agente que vivifica o direito. Cabe-lhe uma tarefa muito maior e relevante, pois entre os seus deveres avulta o de realizar a justiça.

Entretanto, essa compreensão exige que os julgadores tenham a perfeita consciência de seu papel transformador e de sua capacidade de realizar o ideal de justiça. Não obstante, Aristóteles, o chamado “pai” da razoabilidade pela jusfilosofia contemporânea, estabeleceu a dose certa para se beber, a quantia certa a ser doada, o discurso suficiente a ser feito – no sentido de ser necessário que o juiz, em primeiro lugar, tenha conhecimento do que faz; em segundo lugar, escolha os atos e os escolha em função dos próprios atos; em terceiro lugar, sua ação proceda de uma disposição moral firme e imutável.

Resulta desse enfoque que o juiz não pode ter somente uma formação técnica do direito para o exercício de sua função, mas necessita, principalmente, de conhecimentos advindos de outros ramos do conhecimento, que lhe emprestem sensibilidade e visão humanitária, ao mesmo tempo que lhe permitam sentir os meandros da alma humana, reconhecer os dramas, as vicissitudes, enfim, adequar a lei a realidade social do momento.

Como afirmara Aristóteles:

Cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo, e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral.⁶

3.4. Reforma do ensino jurídico

A reforma da justiça tem como complemento necessário e até imprescindível a reforma do ensino jurídico, essencial para o acompanhamento da reforma judiciária em curso para permitir o bom andamento da justiça e o adequado aconselhamento dos jurisdicionados. Além disso, o estudo exclusivo do sentido das normas tornou-se insuficiente, sendo obrigatório o conhecimento do modo pelo qual são aplicadas, ou seja, o conhecimento profundo da jurisprudência e o manejo do raciocínio jurídico.

A reforma deve abranger desde o currículo até a metodologia de ensino e a inclusão nos cursos de novas matérias, fazendo com que o futuro jurista tenha boas noções de economia e sociologia, que conheça direitos novos, como o da regulação de arbitragem, e que tenha boa formação ética. Justamente a escola da magistratura pode ensejar essa visão mais ampla, não se restringindo somente aos enfoques técnicos da dogmática jurídica, mas percorrendo os caminhos da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica, da

Psicologia Judiciária, da Hermenêutica Jurídica, da Metodologia Científica, da Ética, até atingir o fim maior de uma formação completa do juiz, fornecendo-lhe maiores instrumentos para o desenvolvimento da arte de julgar

Não há, portanto, com fazer ciência jurídica fora de uma visão integrada entre o mundo do “ser” e do “deve-ser”, fora de uma visão associada das posturas normativistas com as posturas sociológica e psicológica.⁷

Essa adequação contínua das normas jurídicas e de sua interpretação às novas realidades técnicas, econômicas e sociais exige um grande esforço das faculdades de direito e das escolas da magistratura para que não haja uma frustração das novas gerações de juristas por não estarem devidamente preparadas para ser operadoras do direito, seja ela composta de advogados, juízes ou promotores, ou, ainda, profissionais que abracem outra carreira jurídica.

3.5. A construção da ética profissional a partir da reforma institucional do Judiciário

Imperioso se torna destacar que de nada adianta ser o juiz um conhecedor do direito e das ciências afins se lhe faltar atributos morais e éticos, na vida particular e no desempenho de sua função.

Na mesma acepção, torna-se imprescindível reconhecer que não poderá a escola da magistratura transmutar personalidades decaídas em vícios morais, em bons e ímpolutos juízes, mas pode realizar um trabalho extremamente benéfico, no sentido de desmotivar aqueles que, no interior de suas almas, guardem tendências aviltadoras da ética.

O perigo de juízes carentes de dotes morais é muito sério e de graves consequências, tendo em vista que não só afetará a instituição, colocando-a em descrédito junto à opinião pública, mas também estará prestando um desserviço à comunidade, disseminando injustiças e aviltando a arte de julgar.

Afinal, por trás da justiça, passam todas as aberrações, misérias, opiniões políticas e todos os interesses sociais, e, como juiz, seria bom que o indivíduo fosse capaz de reviver cada um desses sentimentos em si para compreendê-los.

Aliás, o que determina a excelência do magistrado é a integridade, o saber, o amor da virtude e o zelo da justiça, que são qualidades pessoais.

Ainda mais, atributos que, segundo consenso generalizado, são exigidos do magistrado como a independência, a sensibilidade, a coragem de atitudes, o equilíbrio, a ponderação, sendo de responsabilidade que, na essência, são virtudes morais.

Nas palavras de Aristóteles: “Saber o que é a excelência moral e a intelectual não é o bastante; devemos esforçar-nos por possuí-las e praticá-las, ou experimentar qualquer outro meio existente para nos tornarmos bons”.⁸

3.6. Sobre o código da magistratura

Em 26 de agosto de 2008, o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício da competência que lhe atribuíram a Constituição Federal (Art. 103-B, § 4º, I e II), a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Art. 60 da LC n. 35/79) e seu Regimento Interno (Art. 19, Incisos I e II), e com objetivo precípuo de otimizar a prestação jurisdicional, aprovou, por unanimidade, o Código de Ética da Magistratura Nacional,⁹ cujo texto aprovado tramitava no CNJ há três anos. O texto final foi apresentado pelo conselheiro e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, que preside a Comissão de Prerrogativas da Magistratura do CNJ. “A adoção de um Código de Ética Judicial tem o propósito de servir de guia para melhorar o serviço público de administração da justiça ao erigir um conjunto de valores e princípios por que devam orientar-se os magistrados”,¹⁰ celebrou o conselheiro João Dalazen.

O texto aprovado está dividido em dez pontos principais, entre eles a independência funcional, a capacitação continuada, a transparência, a honra e o segredo profissional. Registre-se que, apesar de haver críticas quanto à elaboração de um código de ética para juízes, por conta da dificuldade de tipificação de condutas morais, é importante mostrar ao juiz a urgência das esferas de um comportamento insuscetível de críticas. Além do mais, um código tem como objetivo estabelecer diretrizes para aquele que escolheu fazer do julgamento sua opção existencial. Uma codificação fornece parâmetros não só para os juízes como também para os profissionais que se relacionam com a missão de solucionar as questões humanas. Nada obstante, o novo código já denota a preocupação do Poder Judiciário brasileiro com a ética.

4. Considerações finais

Conforme restou demonstrado no presente trabalho, todas as grandes tradições morais e religiosas contêm, entre seus preceitos, a regra áurea que nos convida a tratar os outros como a nós mesmos. O juiz justo não é o juiz objetivo, que se pauta por uma realidade exteriormente dada. É, antes um juiz imparcial, que não deve ter vínculos com nenhum dos adversários que se apresentam perante ele. Todavia, a ideia de imparcialidade é relativa, pois as regras e os valores comuns às partes podem variar em cada caso. Afinal, a razão é, por certo, capaz de esclarecer o homem sobre as consequências de nossos atos, mas não tem condições de avaliar tais consequências, apenas suas escolhas e decisões são feitas, no final das contas, consoante critérios não racionais.

Ademais, é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também a função educativa e exemplar de cidadania em face dos outros grupos sociais. Dessa forma, essa filosofia moral já não será alheia a todo contexto histórico e cultural; ao contrário, ela se situará no interior desse contexto, que fornecerá a própria matéria de reflexão moral, das razões pró e contra que deverão ser examinadas em deliberação do homem e permitirão decidi-lo.

Com efeito, nem todas as razões se equivalem e nem todas são de determinadas circunstâncias; outras só valem para determinado meio. As razões morais são aquelas que o homem acredita serem válidas para todos. Se há uma razão prática, ela só pode ser concebida em comparação com valores e normas que o homem pretende poder ser válidas para o todo ser razoável. A filosofia moral se empenha em fornecer essas razões de alcance universal.

Sendo assim, considerando que a adoção do Código de Ética da Magistratura é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral. Esse código traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir justiça e, assim, ter mecanismos para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário.

5. Notas

- ¹ Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes – Centro. Advogada.
- ² DE CICCO, 2009. p. 22.
- ³ ARISTÓTELES, 2004, p. 67.
- ⁴ BOBBIO, 2006, p. 79.
- ⁵ CALAMANDREI, 1995. p. 183.
- ⁶ ARISTÓTELES, op. cit. p. 4.
- ⁷ BOBBIO, 2005, p. 38.
- ⁸ ARISTÓTELES *apud* CHALITA, 2003. p. 210.
- ⁹ Segue em anexo a íntegra do Código de Ética da Magistratura Nacional.
- ¹⁰ STOCO, 2008, p. 6.

6. Referências Bibliográficas

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; TAVARES, André Ramos e LENZA, Pedro (coords.). Reforma do Judiciário, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BANKIWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- , *Locke e o direito natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- , *Direito, ética e política*. Ijuí: Unijuí, 2005.
- , *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. MORAES, Alexandre de (org.). 29 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Érika Barboza de. *Ética no Poder Judiciário sob a visão aristotélica*. 51 p. Monografia (Graduação: Direito). Universidade Candido Mendes – Centro. Rio de Janeiro, 2009.
- CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.
- DE CICCO, Claudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIAS, Maria Eliane Menezes de. *As ideologias e a filosofia. Direito – positivismo e jusnaturalismo*. Nova dogmática do Direito. Artigo Jurídico.
- MACEDO, Geronimo Theml de. *Estatuto da advocacia e da OAB e legislação complementar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NALINI, José Renato. *Ética da magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça: filosofia contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.¹¹

- SOUZA, Oscar d'Avila e. A ideologia do Direito Natural. Rio de Janeiro/São Paulo/Fortaleza: ABC, 2002.
- STOCO, Rui (coord.). Código de ética da magistratura nacional. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA – EDITH STEIN

Andreia Tognazzi Costa Barbosa

Angelia Soares

Milton Rodrigues Pereira

Sérgio de Oliveira Rocha¹

Maria Lucia Sales Gyrão.²

1. Os direitos humanos e a sua progressão a direitos fundamentais positivados pelo ordenamento jurídico; 2. Breve histórico dos Direitos Humanos; 3. Edith Stein – testemunha da proclamação dos Direitos Humanos e do status de cidadania; 4. Conclusão; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

1. Os direitos humanos e a sua progressão a direitos fundamentais positivados pelo ordenamento jurídico

Com o crescimento da sociedade, o homem, que gozava de certa liberdade, foi aos poucos tolhido de todas as formas, como: aonde ir, onde viver, o que comer, com quem casar. Não mais existia a liberdade natural. Esse absolutismo expressava a forma como o poder estava concentrado na

mão de poucos, tendo o resto somente o dever de obedecer, calar, jamais contestar, não possuindo a maioria direito algum. O governante julgava, ordenava e toda a sociedade se calava. O certo era dito pelo monarca e nada nem ninguém era superior ao querer sublime de um único homem com suas falhas e vontades.

O Direito Absoluto na realidade é relativo, pois tudo depende da cultura de um povo. É desumano saber que, em pleno século XXI, mulheres são apedrejadas e ignoradas em todas as suas necessidades naturais. Até onde a ONU pode se envolver nessas hipóteses diante da soberania do Estado? Saber que mulheres estão sofrendo humilhações múltiplas e nada fazer. O que pode ser pior? Saber e não agir, ou saber e nada poder fazer. A nossa verdade não é a verdade dos outros, o relativo torna-se absoluto. O absoluto só se torna realmente absoluto quando não temos atadas as nossas mãos pelas leis que nos cercam, as quais, apesar de estarem revestidas sob o aspecto da legalidade, são injustas.

Os Direitos Humanos expressam-se na dignidade da pessoa, que deve ser protegida pelo Estado, respeitando-se seus credo, etnia, idade, condição econômica, social e identidade sexual. O fundamento do Estado Democrático de Direito reside na dignidade da pessoa humana como o mais importante direito fundamental.

Costumam os estudiosos distinguir os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais, distinção essa que reside na intervenção estatal, positivando os direitos humanos, buscando resguardar e protegê-los e tendo em vista, principal e fundamentalmente, a dignidade da condição humana e a coexistência pacífica. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos estabelecem dois sustentáculos: o primeiro dando limite de atuação ao Estado e o segundo dando valor à dignidade da pessoa humana. Essa dignidade só será verdadeiramente considerada quando o indivíduo for tratado como humano e não como mero objeto.

Edith Stein lutou pelos Direitos Humanos em períodos da história de grande turbulência (Primeira e Segunda Guerras Mundiais), doando a sua vida para a concretização do ideal do respeito ao indivíduo, visto esse em sua pluralidade. Proclamou, com veemência, que o direito humano nasce com o homem.

Assim, poderemos, sem sombra de dúvida, afirmar que o direito puro quem o reclama é a própria natureza. Infelizmente, somente no momento do nascimento e da morte é que percebemos com nitidez que somos todos iguais.

Os Direitos Humanos são indivisíveis e universais, servindo eles como garantia para salvaguardar a dignidade do ser humano. A concepção de Direitos Humanos é indissociável da ideia de Direito Natural. Não entendemos a expressão Direitos Humanos fora do assentamento de seus fundamentos que se abrigam em um conjunto de princípios, pois tais princípios cristalizam valores. Já um sistema de regras vem exatamente positivar ou não esses princípios. Contudo, nem todos os Direitos Humanos estão previstos em lei.

No Brasil, a Constituição de 1988, foi inspirada em tratados e convenções internacionais, prevendo em seu Art. 5º uma gama de direitos ditos fundamentais, empregando uma tendência contemporânea e universal mais humanista em resposta às barbáries cometidas pelo homem a seu semelhante no passado, nas guerras e nos regimes de exceção.

Entende-se por Direitos Humanos os direitos universais e gerais inerentes ao ser humano diante dos demais direitos do ordenamento jurídico. São essenciais à vida em sociedade, de forma digna, e com estímulos ao desenvolvimento da personalidade individual. São também irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis.

Os mencionados direitos convergem para a dignidade da pessoa humana. Segundo Siqueira Jr.,³ “a dignidade da pessoa humana está ligada a valores morais intrínsecos do ser humano e se manifesta instantaneamente com a vida, exigindo respeito por parte dos demais”.

Da mesma forma a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, prevista no Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).⁴ Consagrada como princípio fundamental na Constituição, a dignidade protege o cidadão de abusos do poder estatal, sendo, portanto, a base do Estado Democrático.

Os cinco bens depositários de valores essenciais encontram-se elencados no decorrer do texto constitucional brasileiro de 1988 e são definidas a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (Art. 5º da CRFB) como direitos fundamentais.

O Brasil, que é signatário de acordos com tribunais penais internacionais, recepcionou alguns dispositivos previstos em tratados e convenções internacionais demonstrando, assim, o caráter supraconstitucional dos Direitos Humanos.

No entanto, a eficácia desses direitos, intitulados “Direitos Humanos”, ainda não é vista com seriedade pelas sociedades de diversos países, pois

muitos deles estão constantemente violando-os. Tais direitos devem ser conscientizados, desde cedo, por meio do ensino nas escolas como meio eficaz para a sua plena realização.

Questão interessante é discutir se os costumes que provém de diferentes culturas poderão modificar o entendimento e o fundamento do que vem a ser direitos humanos.

Segundo Aquiles Cortes Guimarães:⁵

[...] os denominados “direitos humanos” ou “direitos naturais da pessoa humana” se enraízam na naturalidade da pessoa humana, cuja essência é a liberdade. E ser livre é caminhar a via de causação dos próprios atos. Essa definição do sentido ontológico da liberdade nos remete àquilo que se constitui no objeto mais fundamental dos “direitos humanos” – a liberdade. Já foi dito acima que a essência da pessoa humana é a liberdade. Iríamos mais além, usando a linguagem heideggeriana, afirmando que o próprio fundamento do homem é a liberdade. Assim, se estamos diante do valor supremo da pessoa humana, como desarticular essa circunstância da naturalidade da sua manifestação? Como esquecer “o mundo da vida” em nome dos artifícios normativos? Direito Natural e Direitos Humanos estão intimamente relacionados, uma vez que os seus fundamentos se articulam nos mesmos horizontes. O direito à vida e à liberdade, por exemplo, é garantido pela lei porque pertencem vida e liberdade à estrutura ontológica da pessoa humana e não porque o Estado tenha inventado essa proteção no puro campo do dever ser. Vida e liberdade se impõem a norma protetora a partir da naturalidade do seu enraizamento ontológico.

Muitos indivíduos são vítimas das mais variadas modalidades de desrespeito aos mais elementares direitos de que cada um de nós deveria gozar sem nada temer. Carnificinas ocorrem a todo instante nos grandes centros urbanos. O mais preocupante em tudo isso é que, muitas vezes, são os próprios representantes do Estado que cometem abuso no exercício arbitrário das próprias razões, com a certeza da impunidade. Deixar uma criança ser prostituída, ser objeto da pedofilia com a conseqüente indução ao homossexualismo, ou então ser esta induzida aos vícios, são questões

que deveriam ser metas prioritárias a serem solucionadas pelo Estado. Os meios de comunicação são grandes responsáveis por uma visão deformada de valores, deturpando a formação moral e o caráter do indivíduo dentro da sociedade.

Vivenciar a plenitude das liberdades individuais ou coletivas conferidas pela Constituição Federal é mais do que simplesmente dizer que todos são iguais perante a lei. Faz-se mister que, no cotidiano de cada cidadão, esteja presente o respeito à pessoa, que ninguém seja submetido a tortura, discriminação somente porque é negro, pobre, favelado ou até mesmo porque sua opção sexual é diferente da seguida em sociedade.

O fenômeno da “banalização do mal”, no dizer de Hannah Arendt,⁶ que se infiltra no meio social, sorrateiramente, de forma hipnótica e com mensagens subliminares, condiciona o ser humano a tudo aceitar, a tudo entender como normal e não questionar, pensar, discernir entre o que é certo ou errado.

Na Alemanha nazista, muitas atrocidades ocorreram. Judeus foram torturados e mortos em nome de uma crença bestial de que somente aqueles verdadeiramente puros deveriam viver. Ora, se aprofundarmos um pouco a análise desse fato veremos que, por trás de tudo isso, não havia somente preconceito, mas também um forte desprezo pelo ser humano.

Como o ditador nazista, ainda há, hoje, muitos indivíduos carregados de preconceitos, com discurso de pessoa consciente de seu dever para com a sociedade e, no entanto, em algum momento de suas vidas, deixando aflorar as discriminações sociais e financeiras que fazem em relação a outros cidadãos. Citando um bom exemplo: quando uma senhora que exerce função de babá repreende o menor de quem toma conta com o zelo e amor de mãe, recebe como resposta que é doméstica. Percebemos na atitude daquela criança desprezo, uma afronta à dignidade de quem dela cuida. Eis que a criança, cuja capacidade intelectual é reduzida naquele momento, já carrega consigo o preconceito. Certamente seus pais são os responsáveis por imprimir desde cedo no íntimo dessa criança a distinção do lugar de cada um neste mundo selvagem, levando a uma verdadeira separação de castas.

2. Breve histórico dos Direitos Humanos

Os Direitos Fundamentais na realidade nasceram em especial na Grécia antiga. Observa Cláudio de Cicco⁷ que “todos os povos iniciaram sua tra-

jetória com a ideia da sacralidade da moral e do direito, sendo este de natureza imutável, enquanto a mutabilidade nasce da contingência histórica”.

Dessa forma, os valores sociais, provenientes do multiculturalismo, em um processo dinâmico, distinguem-se pela natureza deles no que tange a sua relatividade ou não.

O supracitado professor⁸ faz notar, ainda, que:

Heráclito dizia que tudo se move, mas há uma harmonia que permanece (a ideia do *logos* divino); na própria diversidade das leis se vê a necessidade de uma lei eterna. Assim, também Sócrates via na voz da consciência um reflexo dos valores supremos e da ordem do mundo estabelecida por Deus.

Os Direitos Fundamentais ganharam relevância no Novo Testamento na passagem em que é relatada a natureza humana, sem intervenção do querer do homem e sim de algo soberano e supremo, inexplicável, chamado Deus. Lemos no Livro do apóstolo João,⁹ capítulo 1, versículos de 1 a 5 e parte do 14 o seguinte:

No início era o Verbo, e o Verbo estava voltado para Deus, e o Verbo era Deus... Tudo foi feito por meio dele; e sem ele nada se fez do que foi feito. Nele estava a vida, e a vida era a luz dos homens, e a luz brilha nas trevas, e as trevas não a compreenderam.

E o Verbo se fez carne e habitou entre nós e nós vimos a sua glória.

Nesse texto, vemos que Deus que é o *logos* (que quer dizer palavra) que se fez carne por meio de Jesus Cristo, consubstanciando em si os Direitos Fundamentais a partir da igualdade entre os homens no mundo, gerando o amor, materializado na fraternidade, na solidariedade, na liberdade e no respeito à dignidade de cada ser por ter sido criado a imagem e semelhança de Deus.

Com o cristianismo, a lei natural é escrita nos corações dos homens. Inicia-se uma nova mentalidade no mundo, a ideia e o valor dos Direitos Humanos são traçados por meio da Bíblia, de crenças religiosas e culturais ao redor do mundo. Filósofos europeus da época do Iluminismo desenvolveram teorias da lei natural que influenciaram, entre outros documentos, a adoção da positividade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

dão de 1789, na França, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que serão a partir de agora rapidamente analisadas.

A Revolução Francesa, por cerca de dois séculos, representou o modelo ideal para todos aqueles que visavam à emancipação e à libertação do seu povo. Logo, acendeu os ânimos em todo o mundo e inspirou o objetivo político da garantia dos Direitos Naturais, principalmente no que tange à liberdade, à igualdade do homem, bem como à soberania popular que triunfava diante do antigo regime.

Na França, a Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, aprovou e proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, demarcando-se o início de uma nova era para o homem.

Um dos grandes teóricos do Liberalismo, o filósofo alemão Immanuel Kant, assinala que a Revolução Francesa assegurou o direito à liberdade, presente quando o povo decide seu próprio destino, criando uma constituição que ele mesmo acredita ser boa para si. Nesse conceito, Kant exhibe a influência oriunda de Rousseau na definição da liberdade civil de obediência à lei que foi estabelecida pelo povo.

O cerne principal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão está alicerçado nos seus três primeiros artigos:

“Art. 1º. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Tal artigo estabelece que aos homens, apesar das múltiplas diferenças entre si, quer de ordem biológica e/ou cultural, seja assegurado o direito à igualdade. O pecado capital contra a dignidade humana consiste em considerar e tratar o outro (seja um indivíduo, uma classe social, um povo) como um ser inferior sob pretexto da diversidade de etnia, gênero, costume ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas são, na verdade, fonte de valores enriquecedoras e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.

“Art. 2º. O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”.

Na associação prevista nessa declaração, as partes estão em função do todo, e esse existe pela livre vontade daquelas na sociedade, surgindo o conceito moderno de democracia. É o poder dos indivíduos de forma singular dentro de uma sociedade regida por algumas regras essenciais que faz surgir a regra de participar livremente da tomada de decisões coletivas.

“Art. 3º. O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação”.

A Declaração dos Direitos expressa, portanto, um dos fundamentos de todo governo democrático: a representação única e indivisível da Nação, formada de indivíduos singulares, titulares do poder soberano.

No conceito de soberania única e indivisível da Nação, observa-se a lei como a expressão da vontade dos cidadãos.

Ressaltamos que a visão revolucionária supracitada também é observada nos dois primeiros artigos da declaração, os quais enfatizam os direitos dos indivíduos e obrigam o governo a garanti-los. Logo, o conceito de democracia é inerente ao conceito de direitos do homem.

Atualmente os direitos do homem são previstos não só nas constituições dos Estados, mas também no âmbito internacional, por meio de tratados, sendo um direito cosmopolita imprescindível na busca da paz em um mundo globalizado.

Essa nova tendência de escrita presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, definindo o verdadeiro detentor do poder soberano, é totalmente inversa ao que existia até então, pois se atribuía aos súditos a obrigação de cumprir as leis e as ordens do governante. Os direitos dos indivíduos eram apresentados como uma concessão generosa de quem detinha o poder.

Na Idade Média, a relação política era vista como desigual entre o governante e o seu governado, do dominante sobre o dominado, do príncipe em relação ao seu povo, do soberano sobre seus súditos e do Estado em relação aos cidadãos. Por isso, não há constituição democrática que não assuma primeiramente o direito individual, a liberdade do cidadão, antes do poder do governo, ainda que esse governo seja constituído e controlado por cidadãos livres.

Apesar de a Revolução Francesa ter sido exaltada por uns e, criticada por outros, com base na violência gerada e nas significativas transformações induzidas na sociedade europeia, tornou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão um documento de vital importância, para uma sociedade mais justa.

Após a Segunda Guerra Mundial, já no preâmbulo do Estatuto das Nações Unidas, há o registro da garantia dos direitos do homem fora e acima dos Estados particulares.

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que também prevê a todo ser humano, a cidadania mundial no direito internacional, cidadania essa que assegura ao homem ser respeitado em todos os seus direitos fundamentais. Tais direitos têm por finalidade evitar as barbáries recentes, tendo em vista a construção de um mundo sob novos alicerces ideológicos.

Nessa mesma linha de ideias, essa declaração proclama três princípios axiológicos fundamentais dos Direitos Humanos: a igualdade, a liberdade e a fraternidade. É importante que cada indivíduo e que cada órgão da sociedade a tenha sempre em mente, promovendo por meio da educação, a observância desses direitos.

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, Art. 10). Nesta condição, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão que a Comissão de Direitos Humanos, originalmente, concebeu-a como etapa preliminar a adoção posterior de um tratado internacional de força legal, como o Tratado Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 1966.

Com base na referida declaração, que estatui as liberdades individuais clássicas e reconhece os direitos políticos (Art. XXI, §1º), as Nações Unidas adotaram, subsequentemente, convenções internacionais, uma destinada a regular os direitos políticos das mulheres, segundo o princípio básico da igualdade entre sexos, e a outra sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Em aplicação ao disposto no Art. IV da aludida declaração, uma conferência de plenipotenciários foi convocada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e aprovou em setembro de 1956 uma convenção suplementar sobre a abolição da escravatura e de situações similares à escravidão, bem como ao tráfico de escravos.

Houve, ainda, o reconhecimento pelo Art. XXVIII dessa declaração do mais fundamental dos chamados direitos da humanidade, que tem como objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana.

Em consequência disso, hoje, vigem os Direitos Humanos e a cidadania universal independentemente de suas previsões em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante da exigência

do respeito à dignidade humana, exercida em face de todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea discorre sobre os Direitos Humanos Fundamentais, na medida em que esses últimos tornam-se Direitos Humanos Consagrados, impondo-se a sua positivação pelo Estado como regras constitucionais e como regras do direito internacional.

Há muito tempo, a par dos tratados e/ou das convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e pelos princípios gerais do direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Art. 38). Os direitos, definidos na Declaração de 1948 correspondem ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais proclamam como pressupostos básicos ao respeito à dignidade humana.

Inegavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, representa o ponto culminante de um processo ético que, iniciado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou à aceitação da igualdade de todo ser humano visto sob o aspecto de sua dignidade. Esse reconhecimento universal de igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumana guerra de toda a história, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, classe social, cultura ou religião sobre todas as demais coloca em risco a própria sobrevivência da humanidade.

3. Edith Stein – testemunha da proclamação dos Direitos Humanos e do status de cidadania

Antes da Declaração Universal Dos Direitos Humanos, Edith Stein⁶ asseverava com uma coragem férrea em seus livros, conferências e com a coerência de sua vida todos esses direitos que seriam lá consagrados. Por isso, podemos afirmar que seu testemunho teve grande importância na origem dos fundamentos dessa declaração.

Edith Stein, filósofa, psicóloga e pedagoga, a nosso ver, foi a maior expoente do século XX, presenciando os horrores das duas guerras mundiais. Na Primeira Guerra, prestou ajuda humanitária como voluntária da Cruz Vermelha e, na Segunda, foi vítima do nazismo, em nome da raça pura, morrendo em uma câmara de gás.

Edith Stein nasceu em 12 de outubro de 1891 em Breslau (Alemanha), pertencia a uma família judia que professava o judaísmo, contudo foi atea até os 21 anos. Converteu-se ao catolicismo após ter lido a autobiografia de

Santa Teresa de Ávila, intitulada *O livro da vida*. Esse fato causou enorme desgosto à sua família, chegando Edith até mesmo a cortar relações com ela. Após sua conversão ao catolicismo, foi batizada em 1922 e, aos 42 anos, entrou para o convento das Carmelitas Descalças recebendo o nome de Teresa Benedita da Cruz. Em 1938, fez os votos perpétuos no Carmelo de Colônia e obteve autorização da Igreja para continuar escrevendo sua obra filosófica em virtude do grande valor intelectual que tal obra possuía.

Em face da perseguição aos judeus, nesse mesmo ano, imigrou para o Carmelo de Echt, na Holanda. Os alemães também o invadiram e levaram Edith Stein para Auschwitz, tendo saído de hábito do Convento das Carmelitas Descalças e continuando a usá-lo no campo de concentração. Lá consolava, com grande tranquilidade e amor, os adultos e as crianças que, diante das atrocidades praticadas, entravam em desespero e agonia. Morreu, sentindo-se honrada por continuar a pertencer à raça judaica, em uma câmara de gás, em 9 de agosto de 1942.

Em 1987, foi beatificada por seu heroísmo cristão pelo Papa João Paulo II e, em 11 de outubro de 1998, ocorreu a sua canonização, pelo mesmo Papa, com o nome religioso que assumira: Teresa Benedita da Cruz.

Na homilia de João Paulo II¹⁰ proferida por ocasião da canonização de Edith Stein, em 11 de outubro de 1998, afirmou o Papa: “a Irmã Teresa Benedita da Cruz dizia a todos nós: ‘Não aceiteis como verdade nada que seja isento de amor. E não aceiteis como amor nada que seja isento de verdade’”.

De sua vasta obra filosófica, escrita em curto espaço de tempo em virtude de seu falecimento aos 51 anos de idade, citamos alguns entre seus livros e artigos: *A empatia*, *Uma investigação sobre o Estado*, *Ser finito e ser eterno*, *Fé e conhecimento*, *Introdução à filosofia*, *A mulher – sua missão segundo a natureza e a graça* e *A ciência da cruz*. Além desses escritos, Edith Stein também fez incursões na Filosofia do Direito. Estudou a justiça e proclamou que a mesma é traduzida verdadeiramente por meio da celebração de acordos nos quais há concessões recíprocas entre as partes em conflito. Esse entendimento é extremamente moderno e adotado hoje pelo nosso Judiciário, como uma forma de celeridade e economia processual de grande valia para o estabelecimento da justiça que provém das próprias partes litigantes, possibilitando a coexistência pacífica entre os homens no meio social.

Edith Stein defendeu a vida do ser humano com a sua própria vida, exaltando a igualdade e a não discriminação dos povos, ou seja, sem preconceito no que tange à etnia e ao sexo Edith Stein enfrentou discrimina-

ção e preconceito por ser judia e mulher. Não conseguiu prestar concurso para lecionar filosofia nas universidades da Alemanha em virtude de pertencer ao sexo feminino.

Sua coragem e perseverança fizeram com que escrevesse um livro sobre a mulher, composto de conferências proferidas em vários locais, chamando, assim, a atenção para o papel importante da mulher no meio social. Não era uma feminista, porque ressaltava que a mulher e o homem devem construir uma sociedade cristã. Lecionou, todavia, informalmente, a fenomenologia para várias alunas que tinham interesse em aprender este método filosófico de Edmund Husserl, no qual o conhecimento é alcançado por meio da busca da essência do que integra o mundo da vida. Esse grande filósofo considerava Edith Stein sua discípula primorosa, achando uma injustiça que ela não fosse reconhecida como tal, não encontrando, por ser mulher, espaço para lecionar o que tão bem conhecia, não podendo ocupar o cargo de professora titular de uma cadeira de filosofia nas universidades alemãs.

Lutou pelos direitos da mulher, inclusive sendo contra o aborto, uma vez que partia do princípio de que a mulher era coautora de Deus para a criação humana, não se admitindo que ela vilipendiasse seu corpo com tamanha agressão e retirasse drasticamente a chance de outra vida com tal atitude.

4. Conclusão

Tudo isso, nada mais é do que o grito da alma humana, clamando pelo que lhe é nato. Em consequência, o homem não poderá ser subjugado por outro e ter ignorada a dignidade relativa à sua condição humana.

Tal eclosão deu-se em virtude da opressão do totalitarismo sobre o mais primordial bem do homem, que é a sua dignidade, a qual esperamos que seja elevada a meta fundamental a ser perseguida pelos indivíduos com a finalidade da construção de um mundo melhor, mais solidário e fraterno para todos criados a imagem e semelhança de Deus.

5. Notas

¹ Alunos do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Linha de pesquisa: Desenvolvimento e Direitos Humanos.

² Doutoranda em Filosofia do Direito pela UFRJ. Mestre em Direito Privado e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Professora de Processo Civil da Universidade Cândido Mendes – Tijuca.

³ SIQUEIRA JR. e OLIVEIRA, 2009.

⁴ BRASIL, 2011.

⁵ GUIMARÃES, 2007, p. 65.

⁶ ARENDT, 1999.

⁷ CICCIO, 2006, p. 21.

⁸ Id., *ibid.*, p. 21-2.

⁹ BÍBLIA SAGRADA, 1999.

¹⁰ JOÃO PAULO II. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy-father/John Paul II, homilies/1998/documents/http-II-hom>.

6. Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah, Eichmann em Jerusalém. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

BÍBLIA SAGRADA. Novo Testamento. Paulinas, São Paulo: Edições Loyola, 1999.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CICCIO, Cláudio de. História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito. 3 ed. Saraiva, 2006.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

GUIMARÃES, Aquiles Cortes. Fenomenologia e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GYRÃO, Maria Lucia Sales. Justiça a Edith Stein. Rio de Janeiro: SENAI Artes Gráficas, 2010.

Histoire Sommaire des Droits de l'homme. UNESCO, Imp. Georges LANG, Paris, D. L., 1950, n. B2865.

JOÃO PAULO II, Papa. Homilia na cerimônia de canonização de Edith Stein. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy-father/John Paul II, homilies/1998/documents/http-II-hom>.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Direitos humanos e cidadania. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUA TRANSFORMAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sérgio Guerra¹

1. Discricionariedade no contexto histórico e sua vinculação negativa e positiva à lei; 2. Sustentabilidade da discricionariedade administrativa por meio do binômio conveniência/oportunidade; 3. Conclusão: crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI; 4. Notas.

O conceito doutrinário de discricionariedade administrativa, examinado sob a ótica da vinculação negativa (*negative Bindung*) e positiva (*positive Bindung*) à lei, nunca chegou a um consenso, estando longe de ser uníssono.

Afonso Rodrigues Queiró² sustenta que a discricionariedade representa uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativas às condições de fato do agir administrativo, escolha feita sempre dentro dos limites da lei.

Nas lições de Karl Engisch,³ “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do direito”. Miguel Sánchez Morón,⁴ ao ressaltar a discricionariedade administrativa como um conceito clássico da teoria do Direito Público, assevera que é difícil a essa altura dizer algo novo acerca do tema. É um problema sempre recorrente, sobre o qual a polêmica jamais parece se esgotar.

Nesse mesmo sentido, César David Ciriano Vela⁵ aduz que, com independência dos distintos conceitos e técnicas de controle utilizados, em todos os países se considera que o estudo da discricionariedade é uma das questões mais importantes do direito de nossos dias e, em especial, do Direito Administrativo. Por isso, é absolutamente necessário um aprofundamento em sua análise.

Contudo, se o direito é mais do que aquilo que está disciplinado na lei,⁶ como, então, aprofundar o exame da discricionariedade administrativa apenas a graus de vinculação legiferante?

Sobre esse aspecto, Alexandre Santos de Aragão anota: “Com efeito, evoluiu-se para se considerar a administração pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a administração pública expressamente à ‘lei e ao direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (Art. 2º, parágrafo único, I)”.

O tema, portanto, aparentemente esgotado em termos de estrutura do instituto, volta às pautas acadêmicas diante da constatação de que o Direito Administrativo presente na sociedade em rede não se pode caracterizar com a mesma disciplina dos séculos XIX e XX, em que a sacralização da lei era a base – negativa ou positiva – da atuação discricionária. Essa deve acompanhar as características e os riscos por que passa a sociedade contemporânea,⁷ que, por isso, clama por uma releitura de categorias, fórmulas e institutos desse ramo do Direito Público.

O Direito Administrativo pátrio, especialmente no tocante à discricionariedade administrativa como tema dos mais complexos na organização da divisão de funções estatais, absorvendo os influxos da globalização e do amplo processo neoliberalizante, vem passando por inúmeras transformações, mutações e inúmeros alargamentos, todos apontados pela doutrina pátria e alienígena.⁸

Um dos fatores preponderantes que emerge em decorrência de toda essa transformação está no fato de que o Direito Administrativo experimenta uma forte influência do Direito Econômico (despontando o “Direito Administrativo econômico”)⁹, sendo mais um componente para se levar em conta o sopesamento, custos e benefícios no agir administrativo. Há noções próprias do Direito Econômico (que afetam a sociedade) com que o Direito Administrativo não convivia.

As regras legais, para satisfazerem a necessidade de maior maleabilidade da matéria econômica, são, cumulativamente, menos imperativas, instáveis e imprecisas que as escolhas administrativas clássicas, tendendo a provocar uma modificação da discrecionalidade administrativa.

Ademais, na fase por que passa a sociedade (sob vários rótulos: ordem pós-tradicional, alta modernidade, modernidade experimental, pós-modernidade, pós-intervencionista, reflexiva, processualizada, neocorporativa, mediática, sociedade global ou sociedade de riscos), sob os auspícios do constitucionalismo como teoria do direito (também apontado como “neoconstitucionalismo”)¹⁰ e com a crise do princípio da legalidade oitocentista pela ausência de equilíbrio com valores (em que se cogita um pós-positivismo)¹¹, a conciliação e a ponderação na busca da convivência harmônica entre valores, princípios e regras traduz-se em um dos assuntos mais relevantes do Estado Democrático de Direito, atingindo, diretamente, categorias e institutos do Direito Administrativo, notadamente a discrecionalidade.

Questões técnicas e científicas surgem a cada dia, em vista da alta complexidade que permeia as relações do século XXI. Por conta disso, não são “descobertas” a tempo e contento pelo legislador primário, ainda que de forma aberta, com conceitos indeterminados, para preenchimento por meio da escolha da autoridade administrativa – discrecionalidade – no caso concreto.

O desafio, portanto, passa pela compreensão de que, no estágio atual, em que é ressaltado o multilateralismo social, há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas aporias e dependências recíprocas, de modo que a escolha discrecional que afeta um determinado aspecto do conjunto social se refletirá, nem sempre de forma positiva, em outros segmentos. Isso faz com que, em determinadas situações complexas, que deveriam ser abertas à participação da sociedade e mediadas antes da decisão pelo Estado, os benefícios advindos da escolha discrecional não sejam razoáveis, desproporcionais e ineficientes aos problemas e desvantagens que acarretarão para outros grupos sociais ou para os direitos individuais.

Nesse vezo, a doutrina administrativista vem sistematizando os anseios da sociedade por meio da releitura da concepção clássica da noção de interesse público, até então adotado como fundamento para a legitimação dos atos e das medidas no âmbito da administração pública. Por isso, o paradigma de justiça nas decisões administrativas complexas (*hard cases*) passa a ser alcançável somente no caso concreto.

Essas questões conduzem a uma necessária revisitação à discricionariedade administrativa, notadamente os motivos pelos quais os casos identificados pelos parlamentos – federal, estadual e municipal – e legislados com abertura normativa para atuação do Poder Executivo têm apontado para além do fracasso em se sustentar apenas na legalidade – estrita ou não –,¹² na inadequação da teoria da discricionariedade administrativa, essa exercida por meio do instituto/fórmula baseada no binômio “conveniência” e “oportunidade” da administração pública (ou, do administrador? Ou do Ministério Público?).

Se o incremento dos espaços para a discricionariedade é imprescindível, em vista da alta tecnicidade das relações contemporâneas e dos riscos a que a sociedade está sujeita, resta identificar as críticas a esse instituto e como compatibilizar essa ampliação do direito de participação administrativa sobre os destinos da sociedade com a necessária contenção do arbítrio em respeito ao “sobrep princípio” da dignidade da pessoa humana.

1. Discricionariedade no contexto histórico e sua vinculação negativa e positiva à lei

Com o surgimento do Estado de Direito, trazendo consigo o constitucionalismo de origem francesa, buscava-se a preservação da liberdade individual e a segurança do território no primado da lei geral e abstrata. O Brasil sofreu, no campo do Direito Administrativo, os influxos das concepções revolucionárias e napoleônicas, de modo que a análise evolucionista do princípio legalitário naquele país da Europa continental – e suas repercussões nas escolhas administrativas – apresenta-se relevante para o conhecimento das origens e a reavaliação do próprio Direito Administrativo pátrio.

A doutrina que deu base aos revolucionários franceses para a estruturação do governo sustentava que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, sob a forma da vontade geral *hobbessiana*. Perfilhava-se a ideia de uma divisão de poderes na qual não se identificavam muitos

espaços para a escolha administrativa, cabendo à administração pública poucas funções de ordenação.

Inicialmente, o princípio da legalidade, no molde constitucional, tinha um viés positivo, permitindo à administração pública fazer somente aquilo que constava, expressamente, na norma. A sociedade política era monista, fazendo com que a lei fosse a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal, reconhecida com superioridade frente a todos os demais atos jurídicos, até mesmo o constitucional.

Um fato, porém, foi decisivo para o futuro da administração pública francesa. Os revolucionários, diante do receio e da postura dos antigos parlamentos judiciais, não seguiram a ortodoxia doutrinária. Despontou dessa atuação um Poder Executivo forte, que proporcionou a fundamentação da atuação discricionária.¹³

Para além disso, e considerando que seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, mostrou-se muito mais complexa, a lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. Surgiram espaços e aberturas para o exercício de escolhas pela administração pública, conferindo-lhe certo protagonismo político.

O Poder Executivo, por meio de escolhas determinativas de conceitos legais e escolhas discricionárias, tornou-se praticamente autônomo.

Some-se a isso o fato de que o Estado Liberal entrou em crise por não atender aos interesses da maior parte da população. Criou-se um antagonismo classista, gerando o recrudescimento de questões sociais. O Estado passou a implantar uma intervenção econômica, enfrentando o conflito distributivo em vista das necessidades das minorias. Surgiram novas constituições (México, Weimar etc.), tidas como eixo normativo do intervencionismo estatal, sendo, também, um componente para abrir espaço para uma forte atuação discricionária do Poder Executivo.

Na ação discricionária, o administrador passou a ter uma alta dose de liberdade de escolha sob o binômio “conveniência e oportunidade”, constituindo, então, um imperscrutável mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. De acordo com sua exclusiva compreensão e com seus valores, o administrador público passou a escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e pre-determinado.

Inicialmente, cogitou-se haver um espaço para o administrador público vinculado negativamente à lei (*negative Bindung*). A primeira expressão para qualificar a técnica de execução da legalidade pela administração considerou a mesma uma simples particularidade na atuação concreta dos mandamentos abstratos das normas, segundo exemplo histórico oferecido na sentença judicial aplicativa da lei.

Entretanto, Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, doutrinou acerca da vinculação positiva (*positive Bindung*) da administração à legalidade.¹⁴ Averbou o mestre da Escola de Viena, ao tratar da relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que a relação entre um escalão inferior da ordem jurídica é uma relação de determinação ou vinculação, ou seja, a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior.¹⁵ Essa determinação nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções – sob todos os aspectos – o ato por meio do qual é ampliada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tenha sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher por esse ato. Mesmo uma ordem, o mais pormenorizada possível, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Nesse contexto, nasce, para o administrador público, uma vinculação positiva à lei, permitindo que a administração atue discricionariamente nos espaços decorrentes da norma para sua concretização paulatina. Assim, a administração pública pode usar de sua discricionariedade, sua livre autonomia, decorrente de uma “delegação consciente”,¹⁶ em todos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma vinculada, atuando, dessa forma, no espaço livre da lei.

2. Sustentabilidade da discricionariedade administrativa por meio do binômio conveniência/opportunidade

Se a discricionariedade administrativa permite ao administrador público agir diante da abertura legislativa e, se perfilhada a corrente doutrinária que defende a discricionariedade na integração de conceitos jurídicos indeterminados,¹⁷ indaga-se: por que os pilares *conveniência* e *oportunidade* sustentam essa fórmula típica do Direito Administrativo?

Antes mesmo de adentrar nesse campo de questões, para compreender o cenário em que se engasta a teoria da discricionariedade administrativa,

permite-se registrar qual era o papel do Direito Administrativo nessa fase histórica.¹⁸

Segundo lição clássica de Themístocles Brandão Cavalcanti,¹⁹ conceituando o Direito Administrativo na primeira quadra do século XX, considerava-se nesse ramo do Direito Público um conjunto de condições que envolvia apenas a estrutura burocrática do governo e que integrava a organização administrativa necessária para manter o funcionamento dos serviços essenciais do Estado. Competia ainda superintender ou controlar o funcionamento daqueles sujeitos à iniciativa privada ou criados com autonomia.

Vale juntar também a manifestação doutrinária de Mario Mazagão, para quem o Direito Administrativo seria um conjunto de princípios que regem a atividade administrativa não contenciosa do Estado e a instituição dos meios e órgãos de sua ação em geral.²⁰

Observando-se o quadro refletido nas doutrinas antes colacionadas, em que o “velho paradigma administrativista”²¹ era excludente da cidadania, voltado para dentro, isto é, idealizado e pensado para o funcionamento da burocracia, na ação discricionária,²² o administrador passou a ter uma alta dose de liberdade de escolha, um “cheque em branco”²³ sob o binômio conveniência e oportunidade, constituindo, então, um imperscrutável mérito do ato administrativo.²⁴

O mérito do ato administrativo era pensado como diretamente ligado ao sentido político do ato executivo. Seria o procedimento que atende ao interesse público²⁵ e compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, à equidade, à razoabilidade, à moralidade etc. de cada procedimento administrativo.²⁶ Por essas razões, e com arrimo em Ranelletti, Seabra Fagundes defendia que o mérito é de “atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência de poderes”.²⁷

Como se vê, pelos dois pilares que sustentam a discricionariedade (conveniência e oportunidade), cunhada em outro arranjo constitucional e histórico do Direito Administrativo, o administrador público, no isolamento de seu gabinete, de acordo com sua exclusiva compreensão da realidade e dos fatos, e notadamente com seus próprios valores, passou a escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado.

Nesse sentido, o mérito está adstrito à valorização administrativa mediante parâmetros não positivos, (oportunidade e conveniência), que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstitucionais.²⁸

Ao tecer um paralelo entre a discricionariedade e o mérito do ato administrativo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ aduz, sinteticamente, que a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado. O mérito se localiza na análise elemental do ato administrativo, comumente reconhecida e adotada pela doutrina e pelo Direito Positivo brasileiro nos elementos motivo e objeto. Os elementos do ato (competência, finalidade e forma) aparecerão sempre vinculados e os dois outros (motivo e objeto), alternativamente vinculados ou discricionários, um ou outro.³⁰ Essa concepção do mérito acabaria por identificar a noção de oportunidade e conveniência com a da legalidade, destruindo exatamente aquilo que serve de divisor para campos independentes e permitindo indébita intervenção do Judiciário no aspecto político-discricionário do ato.³¹

O fato é que o mecanismo que deflagra a atuação administrativa decorreria da lei, que remete a administração pública à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas na norma, notadamente quanto da sua integração diante do caso concreto. Nas palavras de García de Enterría e Fernández: “Definiendo la ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho [...], bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable [...], bien de ambos elementos”.³²

Destarte, se o mérito da escolha discricionária não está positivado em detalhes que o iluminismo oitocentista perseguiu, o exercício da discricionariedade pela administração pública comporta um elemento identificado pelo administrador público para a completa integração do comando legal ao caso particular.³³

Nessa hipótese, a integração da norma por critérios do administrador público, muitas vezes tangenciando o arbítrio, nem mesmo é considerada uma faculdade ilegal proveniente de suposto – e hipotético – poder originário da administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição estabelecida pela própria lei, de modo que a discricionariedade não configura, no atual Estado Democrático de Direito, uma liberdade da administração pública em face da norma, mas, em sentido oposto, apresenta-se como um caso típico de submissão legal que exige complementação pelo Executivo.

Se o grande desafio para a compreensão da questão se encontra no fato de que o administrador público, a pretexto de escolher discricionariamente, comete inúmeros abusos e desvios, resta, então, indagar: qual é o limite entre a discricionariedade e o arbítrio, haja vista que a atuação discricionária baseia-se no binômio conveniência e oportunidade, excludente da participação da sociedade³⁴ na definição dos interesses em presença?

De um lado, se a atividade da administração não pode conformar-se com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, o retorno a uma administração amplamente discricionária (*negative Bunding*) não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois se volta, em diversas situações, ao arbítrio despótico³⁵ por meio de abuso ou desvio de poder,³⁶ de difícil sindicabilidade.

Diante dessas considerações e para efeito da elaboração de críticas a essa fórmula no contexto do “Direito Administrativo pós-moderno,”³⁷ estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da administração que surge quando sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei, de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo administrador público,³⁸ e que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindicável pelo Poder Judiciário.³⁹

A discricionariedade não surge, portanto, da mera coincidência de um espaço de liberdade da administração pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição “pessoal” da autoridade competente no processo de determinação do “interesse geral”.⁴⁰

3. Conclusão: crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI

Verificada a estruturação da discricionariedade administrativa sob os pilares “conveniência” e “oportunidade”, cumpre trazer, em conclusão, críticas à discricionariedade no momento em que o Direito Administrativo é chamado a apresentar respostas às carências e interesses ambivalentes na relação do Estado com a sociedade.

O Direito Administrativo, notadamente aquele – como o do Brasil – de inspiração francesa, foi construído sob alguns pilares que o caracterizam, dentre os quais destacamos: 1) a supremacia da administração pública nas

relações com os cidadãos (em que estão presentes, no campo das contratações, as cláusulas exorbitantes); 2) a prevalência do interesse público sobre o interesse privado; 3) a forte hierarquia na burocracia estatal; 4) a submissão absoluta ao princípio da legalidade, com a criação legiferante de espaços para o exercício de escolhas administrativas discricionárias.

Em vista dos influxos decorrentes da difusão de ideias democráticas em grande parte do globo terrestre, dos movimentos globalizantes da economia,⁴¹ do acesso dos cidadãos às informações – em que se destaca a rede mundial de computadores⁴² –, pela complexidade de temas, pluralidade de ideias e interesses que conduzem aos conflitos distributivos, e, ainda, pelos riscos a que todos estão submetidos, o Direito Administrativo não se conforma à realidade nos moldes concebidos após o movimento revolucionário iluminista.

José Eduardo Faria,⁴³ ao comentar o dogmatismo jurídico diante das alterações provocadas nos Estados pela globalização, leciona o seguinte:

Toda essa sofisticada técnica, acima esboçada em termos bastante esquemáticos e singelos, é que está sendo posta em questão pelo complexo fenômeno da globalização econômica, envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controles indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição, acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais etc. Desde a eclosão de tal questionamento, essa noção de “fronteira do conhecimento” revelou-se insustentável; cada vez mais o tipo de reflexão jurídica que até agora prevalecente na formação profissional dos operadores de direito se mostra incapaz de interpretar, em seus próprios termos, fatos inéditos; e de reescrever, em sua própria linguagem, teorias de natureza “crítica”.

Diante dessas questões, o Direito Administrativo, como foi institucionalizado, entrou em crise,⁴⁴ pois tem sido incapaz de apresentar as respostas necessárias para atingir os interesses ambivalentes da sociedade, garantindo-lhe justiça e real igualdade entre os cidadãos.

A crítica que desponta da análise do ambiente jurídico de escolhas administrativas em que se desenvolveu a fórmula da discricionariedade,⁴⁵

bem como da doutrina acerca dos pilares – oportunidade e conveniência – que sustentam o mérito do ato administrativo discricionário, traz ao debate sua compatibilização, ou não, ao atual contexto jurídico-constitucional da função executiva estatal pós-positivista.

É fato que “aos poucos, o caráter totalmente livre invocado na ideia originária de discricionariiedade vai se atenuando”,⁴⁶ o que requer uma visão diversa do atual quadro que ainda se mantém⁴⁷ na interpretação doutrinária⁴⁸ e pretoriana brasileira.

O momento por que passa a humanidade requer a atuação estatal por meio de escolhas administrativas que, para além de uma suposta prevalência do interesse público – identificado apenas pelo administrador público –, efetivamente sopesem interesses, examinem custos e benefícios à luz de questões técnicas e científicas, atuem nos riscos⁴⁹ à sociedade pluriclasse e a cada cidadão, isto é, de acordo com a realidade. Os riscos surgem a cada dia em vista da alta complexidade⁵⁰ que permeia as relações decorrentes das premissas da pós-modernidade, impossíveis de serem disciplinadas em detalhes e a todo tempo pelo legislador primário.

De acordo com a nova compreensão do Direito Administrativo no constitucionalismo atual, e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma “tendência a reduzir margem”,⁵¹ um “decréscimo”⁵² e mesmo “limitação”⁵³ da discricionariiedade na atuação do administrador público,⁵⁴ uma verdadeira “restrição à dimensão constitucional e democrática”⁵⁵ e “mayor objetividad en la apreciación de los elementos”⁵⁶, importando “redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo pós-positivista, a partir da noção do princípio da juridicidade”⁵⁷; de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa.⁵⁸

Isso se aplica até mesmo adotando-se uma hierarquia imprópria em que o administrador público deve seguir regras editadas pelo parlamento de forma preferencial – e não absoluta.⁵⁹ Esses fatores trazem mais imprevisibilidade na atuação executiva estatal, afetando direitos fundamentais dos cidadãos.

Some-se a isso o fato de que, “quanto aos aspectos técnicos, nem sempre a ciência traz opções (não havendo discricionariiedade, mas mera interpretação do desejo legal de eficiência)” .⁶⁰

Em síntese, a questão que se apresenta diante dos estudiosos do Direito Administrativo encerra esses três pontos de capital e superlativa relevância acerca da escolha discricionária:

1. se a discricionariedade decorre da abertura daquilo que foi disciplinado por lei (inclusive, para a corrente que a defende quando há integração de conceitos jurídicos indeterminados);

2. se a discricionariedade está fulcrada em critérios de oportunidade e conveniência, constituindo o mérito da escolha executiva pública “formulados por ela mesma”,⁶¹ isto é, de acordo com “as decisões de vontade”,⁶² seus próprios valores; e

3. se a complexidade exige a cada dia, “para desespero do jurista tradicional”,⁶³ uma “atuação célere e eficaz da administração pública”,⁶⁴ ampliando os espaços para as escolhas do Executivo, indaga-se: é possível empregar ainda o instituto/fórmula da discricionariedade administrativa em todas as questões cotidianas, em que se destaca a ambivalência do estado pluriclasse, amparada em novas tecnologias, altamente arriscadas e complexas, que se apresentam diante do administrador público?

Tudo isso deve ser examinado no ambiente da “pós-modernidade”, em que se sustenta a redução da discricionariedade com vistas a mediação, transparência, “auscultação”,⁶⁵ “ponderação das condições e circunstâncias concretas”⁶⁶ e procedimentalização, com vistas à interdição do arbítrio.

Por outro lado, não parece também ser suficiente o argumento de que, para o bem da sociedade e na tentativa de se evitar o arbítrio, por força da juridicidade⁶⁷ decorrente do constitucionalismo atual, não mais deve ser possível a atuação administrativa sob o manto da discricionariedade.⁶⁸

Em determinadas situações, o administrador público deverá atuar discricionariamente, porque a esse compete o papel de decidir quando estiver diante de situações que comportam mais de um caminho – meio – para atingir-se o resultado esperado e voltado ao interesse público – fim.

A crítica, portanto, que se faz em relação à discricionariedade administrativa é de que essa, fundada no binômio “oportunidade e conveniência”, não mais se apresenta compatível com todos os casos complexos, em que devem ser sopesados, para além do disposto em regras, os custos e benefícios para a solução de conflitos sociais distributivos.

Sob três ângulos se apresenta a questão, que agrava a crise do Direito Administrativo:

1. a primeira está ligada à impossibilidade de que assuntos técnicos e econômicos, altamente complexos, dependam de soluções que o legislador ordinário “descobriu” e positivou, ou soluções de mera “vontade” engastada na “órbita de livre decisão”;⁶⁹
2. a segunda consiste no risco da concentração e do excesso de funções nas mãos do Poder Executivo em temas complexos, envoltos em matérias altamente técnicas, sem referenciais objetivos e predeterminados, de difícil acesso e compreensão pela maior parte da população brasileira;
3. a terceira, refere-se ao possível “esvaziamento da discrecionariiedade”⁷⁰ por meio de mecanismos normativos.

Veja-se a manifestação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁷¹ em que a autora adverte que a escolha discrecionária segue os contornos daquilo que foi identificado pelo Poder Legiferante:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da administração é discrecionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discrecionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discrecionariiedade *implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei*; se a administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.⁷²

Se a discrecionariiedade administrativa corresponde a uma margem de liberdade conferida pelo parlamento à administração,⁷³ que surge quando sua atividade não está plenamente definida em lei, esse instituto não é suficiente para legitimar atuações executivas estatais dinâmicas que preci-

sem de algo mais do que aquilo que a regra previu e foi “atribuída por via legislativa, caso a caso”.⁷⁴

Esses aspectos vêm à tona no questionamento da discricionariedade, como advertiu Odete Medauar,⁷⁵ ao afirmar que a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros políticos titulares de poderes e a ampliação dos direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão dos indivíduos e grupos sobre a administração para o atendimento de suas reivindicações.

A autora registra a progressiva tecnicização no tratamento dos assuntos afetos à administração pública com a adoção de práticas consensuais e conciliatórias, não somente, portanto, as dotadas de imperatividade. “O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade”, pregando-se a “necessidade de nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável”.⁷⁶ Até porque “não há discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete a decisão política”.⁷⁷

Nesse contexto, não se verificam condições de enquadrar todo o espaço destinado à atuação da administração pública – para além dos vinculados – como decorrente de uma escolha discricionária.

Se direito é mais do que disciplinado na lei, não há como identificar compatibilidade entre os pilares de sustentação da discricionariedade administrativa – oportunidade e conveniência –, que estruturam o mérito da escolha discricionária, com o atual contexto jurídico-constitucional pós-moderno da função executiva estatal.

4. Notas

¹ Pós-doutor em Administração Pública (FGV/EBAPE), doutor (UGF) e mestre em Direito (UCAM). Vice-diretor de pós-graduação e professor titular de Direito Administrativo do curso de graduação, pós-graduação *lato sensu e stricto sensu* da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Diretor executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. As reflexões aqui postas traduzem parte de GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 6, out. 1946, p. 41-78, 77-8.

³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 214.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 9.

⁵ CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo e jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 65. Em idêntico posicionamento, Francisco López Menudo sustenta que a discrecionalidade é um tema clássico, ou quiçá possa qualificá-lo como neoclássico. LÓPEZ MENUDO, Francisco. *El control judicial de la administración en la CE*. In: MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa; DOMÍNGUEZ, Nicolás González-Deleito (orgs.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Civitas, 1996, p. 39.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 336-7.

⁷ Nesse campo de questões, e sob o ponto de vista da gradativa subsidiariedade (a responsabilidade pelas suas necessidades começa no indivíduo, passa à comunidade e, só depois, passa para o Estado) é que a sociedade contemporânea recebe de alguns autores (em que foi pioneiro o sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986) a denominação de *sociedade de riscos* edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989. A sociedade de riscos tem os traços conformados pela “ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade”. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 177.

⁸ CASSESE, Sabino. *As transformações do Direito Administrativo do século XIX e XX*. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, ano 5, n. 24, mar./abr. 2004, p. 13-38; *La globalización jurídica*. Trad. Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1997; *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; *O Direito Administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; *Novos ins-*

titutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003, p. 129-56. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹ A influência do Direito Econômico sobre o Direito Administrativo atual, provocando a identificação de um “Direito Administrativo Econômico”, decorre do fato de que o programa de Direito Econômico espelha o relacionamento entre a ordem jurídica e a política econômica. Nessa disciplina, insere-se o Direito Econômico Regulamentar, o Direito Econômico Institucional, o ordenamento jurídico do planejamento e as tarefas de organização dos mercados, tudo voltado à ideia de integração entre os valores jurídicos e econômicos com vistas a assegurar-se um sistema político-jurídico de freios e contrapesos. Veja-se a estrutura dessa disciplina – e suas imbricações com o Direito Administrativo francês – na obra clássica de LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 14-6, não sendo dispiciendo transcrever um frase dessa obra que indica a união entre econômico e administrativo: “Um outro motivo de perplexidade diz respeito à distinção do econômico de noções próximas, em particular o *social* e o *financeiro*. É fácil observar que, na denominação das instituições jurídicas, o econômico está hoje em dia, cada vez mais frequente, ligado ao *social*” (Id., *ibid.*, p. 18). O autor dedica um capítulo (II, p. 106) para traçar as características e especificidades do Direito Administrativo Econômico, partindo da premissa de que se trata de um direito *recente* e ávido de *maleabilidade* (p. 109), mas que não constitui um ramo autônomo do direito (p. 122).

¹⁰ O *neoconstitucionalismo*, difundido de um modo ainda impreciso para se refe-

rir a distintos aspectos de uma “nova cultura jurídica” (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 123) pode ser caracterizado por uma positivação, na constituição, de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença de valores, princípios e regras; isto é, por algumas peculiaridades na “interpretação moral do texto fundamental” (POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 198). Essa nova cultura importa alguns “elementos concretos do constitucionalismo”. Na visão de Peter Häberle, são eles: a dignidade da pessoa humana; a democracia pluralista; os direitos fundamentais; a divisão de poderes (com a possibilidade de receber inovações); a independência dos tribunais; a *rule of the law* (Estado de Direito); e o direito organizatório das ordenações constitucionais –competências, legislação, processo administrativo aberto aos cidadãos, transparência na administração e a jurisdição (HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006, p. 1-26, 4-5). A perspectiva jusfilosófica desse tema pode ser encontrada no pensamento de alguns autores, em que se destacam Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin (notadamente na crítica à Hart), Gustavo Zagrebelsky e Robert Alexy.

¹¹ O *pós-positivismo* aqui mencionado é retratado por Luís Roberto Barroso como um processo ainda inacabado, pelo qual se faz uma reflexão sobre o direito, sua função social e sua interpretação: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual

se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350). Do ponto de vista da discussão metodológica atual, ver o Capítulo 3 da obra de CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estado de direito*. 3 ed., segunda tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 135-75.

¹² Os diversos sentidos do termo “lei” podem ser conferidos em GUASTINI, Riccardo. *Ley*. In: CARBONELL, Miguel e LLAVE, Susana Thalía Pedroza de la (orgs.). *Elementos de técnica legislativa*. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 13 e seguintes.

¹³ Um aspecto de capital importância para a compreensão desse período histórico – e fundamental para o desenvolvimento do papel da administração pública – consiste naquilo que a doutrina denominou de “dissidência revolucionária” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 41). Os revolucionários seguiram, claramente, uma interpretação dissidente da ortodoxia doutrinária de Locke e Montesquieu. Com efeito, essa interpretação, somada a circunstâncias posteriores, permitiu e determinou o fortalecimento de uma administração pública como não se havia conhecido, nem mesmo no Antigo Regime, formando o próprio Direito Administra-

tivo. Uma razão circunstancial determinou, na França, que a interpretação do princípio da “divisão” – e não separação – de poderes, originalmente inglês e estadunidense, não se adequava desde as origens do constitucionalismo a esses critérios ortodoxos que impunham suas próprias e autênticas fontes. Pelo contrário, afirmava-se a ideia de uma liberdade do Poder Executivo diante dos demais poderes – notadamente do Poder Judiciário. A razão determinante estava no fato de que os revolucionários tinham receio dos antigos parlamentos judiciais, ligados aos privilégios do estamento que representavam. O fato é que, por essa interpretação, permitiu-se a emergência de um poder administrativo poderoso e autônomo, diverso do constitucionalismo anglo-saxão. Por esse motivo, Alfonso García Figuerola adverte que o constitucionalismo moderno é, por excelência, norte-americano, e não francês. (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. In: Carbonell, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 162). A ideia de separação – e não só mera divisão de poderes – proporcionou a fundamentação de um poder regulamentar da lei, inicialmente de mera execução e, posteriormente, independente. Com Napoleão, criou-se uma forte máquina administrativa, alterando profundamente a natureza do Poder Executivo. Instituiu-se aquilo que se tornou a pedra angular da autonomia jurídica da administração pública: o *Conseil d’Etat* (Conselho de Estado). Esse “novo” Poder Executivo, diferentemente da doutrina de separação de poderes – que deveria exercer funções abstratas formais, que reverteriam imediatamente ao núcleo social, sem necessidade de uma personificação – passa a ser um sujeito real, autossuficiente para seu desenvolvimento, que interfere nas atividades particulares.

¹⁴ Ver, por todos que se aprofundaram no tema, o capítulo “La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad” na obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 10 ed. Madrid: Civitas, 2001, Tomo I, p. 438.

¹⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388 (título original: *Reine Rechtslehre*, publicado em 1960).

¹⁶ Na expressão de FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid: Lustel, 2005, p. 64.

¹⁷ Ver, de nossa autoria, GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171.

¹⁸ Acerca do surgimento do Direito Administrativo, ver, por todas, a obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 5 ed. reimpressa. Madrid: Civitas, 2005, p. 51 e seguintes.

¹⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 23.

²⁰ MAZAGÃO, Mario. Preleções de Direito Administrativo. São Paulo: LINOTECHNICA, 1937, p. 61.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

²² José Crettela Jr., M. Seabra Fagundes e Odete Medauar entendem que o tema da

discricionariedade abrange tanto o poder discricionário como, também, a atividade discricionária e o ato discricionário, sendo eles três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. Cf. MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 610, ago. 1996, p. 38-45, 39. Víctor Nunes Leal, em sentido contrário, sustenta que “não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é poder discricionário, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial dessa expressão”. LEAL, Víctor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 14, out./dez. 1948, p. 52-82,.

²³ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 196.

²⁴ O estudo acerca do mérito administrativo foi desenvolvido e amplamente examinado pela doutrina italiana, merecendo destaque o pensamento de Presutti, Lentini, Ranelletti, Orlando, Treves e Renato Alessi, e, entre nós, os estudos desenvolvidos pelos publicistas Miguel Seabra Fagundes (O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 150 e seguintes.) e CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 240). Nas palavras de Seabra Fagundes, em artigo doutrinário sobre o tema: “Esse constitui um aspecto do procedimento da administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ela exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legiti-

midade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discrecionalidade), próprio dos órgãos executivos”. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, p. 2-16.

²⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149-50.

²⁶ Id., *ibid.*, p. 149-50.

²⁷ Id., *Ibid.*, p.150.

²⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 2002, p. 42.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discrecionalidade: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 32-3.

³⁰ Id., *Ibid.*

³¹ Id., *Ibid.*

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 10 ed. Madrid: Civitas, 2001, Tomo I, p. 453.

³³ Eva Desdentado Daroca, uma das estudiosas contemporâneas sobre a teoria da discrecionalidade, ao ressaltar a ausência de consenso doutrinário em torno da utilização da discrecionalidade administrativa, define a discrecionalidade como a realização de eleições de diferentes alternativas quando do exercício de poderes conferidos pela norma aberta. Por suas palavras, a discrecionalidade administrativa “consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida

por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente. La discrecionalidad es, por un modus operandi que se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, y 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos”. DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 22.

³⁴ Os limites deste artigo não permitem um aprofundamento na questão que envolve a participação administrativa da sociedade. Remete-se o leitor para o Capítulo I da segunda parte da seguinte obra: BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *Direito Administrativo* p.119 e seguintes. Veja-se, ainda, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 648.

³⁵ Veja-se, a título de mera ilustração, o acórdão abaixo, em que o Poder Judiciário *coibe a arbitrariedade do administrador que agiu, supostamente, à luz da função discricionária*: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. AFASTAMENTO DE CRITÉRIO SUBJETIVO NA APRECIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE DO ATO INABILITADOR DE CONCORRENTE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ARTS. 5º, II, 37 E INCS. XXI E LV, 84, III. LEI 6404/76. LEI 8666/93. LEI 8883/94. LEI 8987/95. SÚMULA 473/STF. 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, Art. 44, Lei n. 8666/93; Art. 14, Lei n. 8987/95). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do *abuso de poder* por fuga à vinculação ao edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. *No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade*. 3. Segurança concedida parcialmente (MS 5289/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 1997/0053243-7, Relator: ministro Milton Luiz Pereira – PRIMEIRA SEÇÃO. Data do julgamento: 24/11/1997. Data da publicação: 21/09/1998. RSTJ v. 112, p. 25).

³⁶ García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao comentarem a evolução francesa acerca dos limites do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, lecionam que, inicialmente, a escolha da discricionariedade era considerada “ato de império”, não admitindo qualquer recurso contencioso-administrativo. No começo do século XIX, o controle da discricionariedade administrativa era exercido pelo Conselho de Estado francês pelo recurso por excesso de poder, inicialmente contra os denominados “vícios de incompetência” e, posteriormente, os “vícios de finalidade”. No fim do século XIX, surgiu uma nova doutrina destinada ao controle judicial

dos atos estatais, denominada *détournement de pouvoir* (desvio de poder), que tornava ilegal o ato administrativo que se afastasse dos fins legais. Uma terceira fase é identificada na adoção da *teoria dos motivos determinantes*, pela qual o Poder Judiciário passou a examinar os fatos considerados pela autoridade pública na motivação administrativa. Sobre essa última fase, García de Enterría e Fernández anotam que a valoração da realidade poderá ser objeto de uma faculdade discricionária. No entanto, a realidade, como tal se produziu o fato, ou não, não pode ser objeto de uma faculdade discricionária. Isso porque não pode se submeter ao arbítrio da administração o discernimento se um fato ocorreu ou não, ou determinar que um ato ocorreu quando, na verdade, não tenha ocorrido (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 10 ed. Madrid: Civitas, 2001, Tomo I, p. 463-70). Gaston Jèze leciona que a ideia geral, tanto em Direito Privado quanto em Direito Público, é que os motivos podem influir sobre o valor jurídico de uma manifestação unilateral de vontade ou de um acordo bilateral de vontades, se foram determinantes da vontade de realizar um ato jurídico. Se o motivo determinante não existe de fato ou se é ilícito ou imoral, a manifestação unilateral de vontade ou o acordo bilateral de vontades são irregulares (JÈZE, Gaston. Principios generales del derecho administrativo. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948, v. III, p. 225-6).

³⁷ O tema é desenvolvido por Marçal Justen Filho, em seu Curso de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17, notadamente no tópico 1.4.6., que possui o sugestivo título de “Um Direito AdministrativoDireito Administrativo pós-moderno?”.

³⁸ Nesse sentido, ver a definição de BULLINGER, Martin. La discrecionalidad de la administración pública. Madrid: La Ley, VII, 1986 *apud* MAGIDE HERRERO, Mariano. Límites constitucionales de las administraciones independientes. Madrid: INAP, 2000, p. 247.

³⁹ Veja-se KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discrecionabilidade no Brasil. Revista Interesse Público. Porto Alegre, v. 23, 2004, p. 21-49, p. 23. Sobre esse aspecto da questão, colhe-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LIMITE DE VELOCIDADE DAS VIAS DE TRÂNSITO – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO – DISCRECIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO OBSERVÂNCIA DO LIMITE ESTABELECIDO – MULTA – PROCEDÊNCIA. – Os critérios adotados pela administração pública para a fixação dos limites de velocidade nas vias de trânsito estão relacionadas à *discrecionabilidade* estabelecida no próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, *adentrar no mérito do ato administrativo que os instituiu*. Recurso especial conhecido e provido. Resp. 588253/RJ; RECURSO ESPECIAL 2003/0157008-6. Relator: ministro Francisco Peçanha Martins – Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 18/08/2005. Data de publicação: 17/10/2005.

⁴⁰ MAGIDE HERRERO, Mariano. Límites constitucionales de las administraciones independientes. Madrid: INAP, 2000, p. 252. O conceito jurídico indeterminado “interesse geral” acaba sendo uma “fórmula” ou uma “justificativa” para toda e qualquer atuação da adminis-

tração pública. Nesse sentido, Bermejo Vera adverte que esse termo acaba por produzir uma grande sensação de inutilidade. Veja-se os interessantes comentários do autor na obra BERMEJO VERA, José. El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Madrid: Civitas, 2005, p. 171.

⁴¹ Daniel Sarmento adverte acerca desse aspecto: “Com a globalização, o que ocorre a milhares de quilômetros, forma dos limites de um Estado, pode influenciar, em tempo real, a vida cotidiana de um cidadão daquele Estado” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 44).

⁴² Nesse sentido, ver a trilogia de CASTELLS, Manuel. Sociedade em rede. 8 ed. Trad. Roneide Venancio Majer e Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

⁴³ FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 1 ed., 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46.

⁴⁴ Para o detalhamento da “crise” do Direito Administrativo, remetemos o leitor à doutrina de CABRAL DE MONCADA, Luis S. Lei e regulamento. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 21; CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX e XX. Revista Interesse Público. Porto Alegre, ano 5, n. 24, mar./abr. 2004, p. 179, bem como, entre nós, e sob pontos de vistas diversos, o capítulo intitulado “Crise e crítica do Direito Administrativo”, da obra de Odete Medauar (O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65), o item 2.5 do artigo intitulado “Mutações dos serviços públicos” de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na obra Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 364.

⁴⁵ Veja-se a síntese apresentada por Caio Tácito sobre o instituto da discricionariedade administrativa, que bem resume a estruturação doutrinária desse mecanismo de atuação estatal: “O ato administrativo se desdobra dentro de quadros legais preestabelecidos. A norma jurídica, obrigatória tanto para os administrados como para os administradores, é, assim, um vínculo ao qual se prende a liberdade de ação da autoridade. Chama-se a esse limite ou contenção legal do poder administrativo de poder vinculado, porque todo ato administrativo está subordinado ou ligado a uma norma jurídica anterior, ou seja, à regra de competência que permite ao agente a prática do ato administrativo. Essa subordinação não significa, porém, que à administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. Como observou Jellinek, “uno Stato, di cui tutta l’attività fosse vincolata, è una concezione irrealizabile”. À medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, multiplica-se em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe os reclamos imperativos e díspares. A administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo de livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos. Essa capacidade de autodeterminação

representa o poder discricionário do estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional (TÁCITO, Caio. Temas de direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 315-6).

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 *Direito Administrativo*, p. 195.

⁴⁷ Vale trazer a advertência de Andreas Krell: “Há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, *que costuma usar uma classificação ultrapassada referente à discricionariedade administrativa, a qual não consegue fornecer soluções aos problemas*” (KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. Revista Interesse Público. Porto Alegre, 2004, p. 21-49, v. 23, p. 22, *grifo nosso*).

⁴⁸ Veja-se esse aspecto quando aplicado à regulação de atividades econômicas: “A relação das agências reguladoras com o direito se dá em face de uma *nova legalidade*: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nesses limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação essa *que segue um novo tipo de discricionariedade*, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95, *grifo nosso*).

⁴⁹ Nesse sentido, ver KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre

“conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 23, 2004, p. 24.

⁵⁰ Conforme alinha Jorge Eduardo Bustamante: “Con el advenimiento de la sociedad industrial, la convivencia social se ha hecho más compleja y las posibilidades de que ciertas formas de ejercicio de los derechos individuales puedan interferir el libre ejercicio de los demás, se han multiplicado. En la mayor parte de los casos, se trata de problemas vinculados a asimetrías de información (marco contractual) o a las llamadas externalidades negativas (marco no contractual)”. BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación: entre derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 49.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y controle de la administración*. 5 ed. reimpressa. Madrid: Civitas, 2005, p. 135.

⁵² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *Direito Administrativo* p. 230.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006. p. 43-92, p. 58.

⁵⁴ Merece destaque o trabalho desenvolvido por Juarez Freitas, em que só admite a discricionariedade administrativa vinculada a princípios. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

⁵⁶ MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 47.

⁵⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 37.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *Direito Administrativo* p. 195: “A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos. Ficava a impressão de que aumentara o campo de atuação livre da administração”.

⁵⁹ Notadamente na integração de cláusulas gerais, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência, que transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 43-92. p. 54.

⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. revista e atualizada São Paulo: Malheiros, 2006, p. 392.

⁶² Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 206.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 52.

⁶⁴ KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 23, 2004, p. 23.

⁶⁵ CABRAL DE MONCADA. Luís S. Lei e regulamento. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 22.

⁶⁶ KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 23, 2004, p. 25.

⁶⁷ O princípio da juridicidade é uma expressão cunhada por MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. [Trad. não identificada]. Granada: Ed. Comares, 2004, p. 202 e seguintes, e objeto de amplo e profundo estudo de OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15 e seguintes.

⁶⁸ Na obra de BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 229, atribui-se grau a uma escala de vinculação da administração ao direito, em que sustenta que os atos vinculados diretamente a princípios são impropriamente denominados de atos discricionários.

⁶⁹ KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 23, 2004, p. 23.

⁷⁰ O “esvaziamento” da competência discricionária é comentado por Paulo Otero na obra *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 850 e seguintes.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 196-7.

⁷² Id., *ibid.*, *grifo nosso*.

⁷³ Como atesta Diogo de Figueiredo Moreira Neto em suas palavras: “Convém lembrar, porém, que esse poder de instituir as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador e jamais do administrador público. [...] Em outros termos, o assim denominado ‘poder discricionário’ é efetivamente exercido pelo Poder Legislativo, quando resolve abrir na lei um espaço decisório substantivo à administração para que seja por ela integrado, e não por essa, quando preencha os requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-la exequível”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 299.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169. Nesse sentido, colhe-se a manifestação doutrinária de Patrícia Baptista: “A pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista”. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 204.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, *Direito Administrativo* p. 196.

⁷⁶ Id., *Ibid.*

⁷⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 37.

DA SOCIEDADE DE RISCO À SOCIEDADE DE GARANTIA: A CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PROVISÓRIOS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A TUTELA AMBIENTAL

Leonio José Alves da Silva¹

Introdução; 1. Sociedade de risco: bases e adequação à realidade brasileira; 1.1. Sociedade de risco: origem; 1.2. Sociedade de risco: estrutura e fundamentos; 1.3. Sociedade de risco: adequação à realidade brasileira; 2. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito de procusto na tutela difusa brasileira; 2.1. Consolidação da precariedade: o que não tem remédio, remediado está?; 2.2. Supremacia do interesse público: desgaste ou rigidez de um conceito?; 2.3. Conformação ambiental e institutos incompatíveis com a tutela dos interesses difusos; 2.3.1. Fato consumado: liberalismo ou conformação tácita do absurdo?; 2.3.2. Princípio da segurança jurídica em matéria ambiental; 2.3.3. Princípio da boa-fé objetiva em matéria ambiental; 2.3.4. Princípio da proteção substancial da confiança em matéria ambiental; 2.3.5. Expectativa de direito e atos admi-

nistrativos em matéria ambiental; 3. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito das parcas na tutela difusa brasileira; 3.1. Escopo da Emenda Constitucional n. 45/2004 e solução dos conflitos sociais; 3.2. Tempo, pacificação e crença jurisdiccional; 3.3. A (des)razoável duração do processo, insegurança e flexibilização dos valores ambientais; 3.4. Conflitos ambientais: origem, manutenção e perpetuação; 4. Sociedade de garantia: contornos e aplicação à realidade brasileira; 4.1. Princípios na ordem constitucional ambiental; 4.2. Sociedade de garantia: estrutura e fundamentos; 4.3. Sociedade de garantia: vinculação a alguns princípios ambientais; 4.3.1. Sociedade de garantia e a função socioambiental da propriedade; 4.3.2. Sociedade de garantia e a prevenção; 4.3.3. Sociedade de garantia e a precaução; 4.3.4. Sociedade de garantia e a variável ambiental; 4.3.5. Sociedade de garantia e a proibição do retrocesso; 4.3.6. Sociedade de garantia, lógica reversa do consumo e consumo sustentável; 5. Dívida ético-temporal do Judiciário: análise de casos em torno de uma jurisprudência tardia; 5.1. A Zona de Proteção Ambiental de Lagoinha: Natal/Rio Grande do Norte; 5.2. A Zona Portuária e as torres gêmeas: Recife/Pernambuco; 5.3. Área de Preservação Ambiental do Rio Jaguaribe: João Pessoa/Paraíba; 6. Considerações finais; 7. Notas; 8. Referências Bibliográficas.

Introdução

A sociedade de massa agregou, durante décadas, valores e desvalores oriundos do período pós-industrial, revelando conflitos contínuos entre a utilização dos recursos naturais e a produção em larga escala. Na atualidade, a cultura do risco foi incorporada ao *modus vivendi* em que o medo e a desconfiança no futuro constituem regra de vida e não eventualidade. Temos consciência da necessidade de limites, mas em que momento acionaremos o freio no consumo desenfreado, na degradação, na ausência completa de diretrizes para minimizar os inúmeros e, em sua maioria, irreversíveis prejuízos causados à humanidade? A tomada de decisão em preservar, degradar minimamente ou tentar reverter os danos impostos ao meio ambiente não depende exclusivamente de uma ação governamental, mas, em sua maior parte, transita necessariamente pela política preventiva estatal no intuito de fixar transparentemente os contornos e valores seguidos por cada nação. Discurso e ação ainda não encontraram o mesmo

caminho, salvante raríssimas exceções alocadas em países com amplo investimento na tutela ambiental ou em cidades tidas como modelos na própria realidade dos países em desenvolvimento e, em tal cenário, a mentalidade do risco predomina, como veremos adiante, e o ideário da garantia, como passaremos a tratar de agora em diante, pautado notadamente no modelo preventivo, ainda não foi consolidado mesmo nos países ditos altamente desenvolvidos (v.g. acidentes com o transporte e a prospecção petrolífera, difusão de doenças tidas como extintas, a própria falta de qualidade dos alimentos e sua repercussão na saúde, a inexistência de programas de controle da poluição – diminuição das fontes poluentes móveis e estacionárias etc.).

Assim, com o presente estudo, reabriremos o debate entre o modelo atual da sociedade de risco, sua estrutura e fundamentos, e a necessidade de trilharmos outro caminho, a saber: a absorção natural do pensamento preventivo (na dimensão prática), para abandonar lentamente a mera carga semântica do princípio, calcado na recente disciplina ambiental, e implantar ações públicas (no âmbito administrativo e judicial) de efetivo cunho preventivo. Em tal cenário, faz-se imperiosa a revisão do conteúdo e do alcance dos atos administrativos provisórios na proteção do patrimônio ambiental, principalmente pela perigosa e quase sempre definitiva produção de efeitos negativos sobre a qualidade de vida, ponto de partida de nossa investigação sobre aplicabilidade e pertinência de institutos clássicos moldados no Direito Privado (pré-codificado e pós-codificado), como a teoria do fato consumado, a proteção substancial da confiança, o princípio da garantia jurídica, a boa-fé objetiva e a expectativa de direito, no trato do debate público, versando sobre a supremacia do interesse público e a defesa dos direitos difusos. Em outras palavras, indagaremos ao leitor se a administração pública pode convalidar situações fáticas totalmente desamparadas pelos princípios da proteção à segurança jurídica em seu conceito largo e invocar o fator temporal do abuso de direito como escusa do interesse público. Na mesma linha de raciocínio, discorreremos sobre a influência da prestação jurisdicional e a preservação dos recursos naturais, desdobrando o debate sobre dois pontos cruciais, quais sejam: a manutenção dos atos administrativos provisórios por intermédio de medidas de urgência (ou a vertente da tutela de evidência – como preconizado no Projeto de Código de Processo Civil) e a própria negação do princípio preventivo pelo Poder Judiciário, por decisões liminares e definitivas capazes de legitimar a agressão à natureza. Longe da busca por uma resposta pronta ou rápida para a sociedade de risco e sua gradativa substituição pela sociedade de garantia, (com premissas nitidamente fixadas no Estado de Direito Preventivo, na política pública comissiva e na adoção de valores efetivamente ambientais,

entre os quais a aplicação da logística reversa de consumo – prevista na Lei n. 12.305/2010 – PNRS – Política Nacional de Resíduos Sólidos), conduziremos o leitor por um questionamento instrumental crítico, segundo o qual as ferramentas serão a mudança de paradigmas e a otimização do aparato administrativo e judicial, com remissão à EC n. 45/2004, contemplando a razoável duração do processo e o não muito aplicado conceito de justiça ambiental.

Além da análise do elemento temporal na prestação da justiça e a suspensão/impedimento de atividades nocivas ao meio ambiente ou a permissão e continuidade dos efeitos dos atos administrativos (convalidação e invalidação dos atos administrativos pelo poder-dever da administração diante da autotutela), necessária é a construção de uma “sociedade de garantia”, tese agora formulada nos princípios da supremacia do interesse público, função socioambiental da propriedade, prevenção e precaução, variável ambiental, proibição do retrocesso e lógica reversa do consumo, em que o estado de medo/incerteza é paulatinamente substituído pela política preventiva, reforçando a ideia de que os interesses colidentes com a preservação da natureza devem ser evitados sob pena de um comportamento permissivo deliberado acolhido pelo Estado. Entre outros tópicos de relevo, permeiam na estrutura da sociedade de garantia os seguintes temas: a) substituição do modelo protetivo de risco pelo paradigma da tutela difusa de garantia, delineando seus elementos estruturais e viabilidade prática no atual contexto pátrio, ressaltando-se a inaplicabilidade de postulados clássicos consolidados na Teoria Geral do Direito Civil e a colisão com as diretrizes ambientais expostas na Constituição Federal de 1988, além do poder-dever de autotutela da administração pública, expressa no comando das Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal; b) estudo da “sociedade de risco”, características, fundamentos e efeitos na tutela ambiental, partindo de sua origem no cenário de difusão da atividade nuclear na Europa e desenvolvendo-se na modernidade pós-industrial, para abarcar os setores de prospecção, produção, transporte e consumo final; c) princípios constitucionais da função socioambiental da propriedade, prevenção, precaução, variável ambiental, proibição do retrocesso e da lógica reversa do consumo, insculpida na Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS; d) investigação do enfraquecimento/esvaziamento da supremacia do interesse público com a permissividade administrativo-judicial, explicando-se a dívida ético-temporal da jurisprudência nacional; e) poder-dever da autotutela da administração na defesa do patrimônio ambiental em suas diferentes searas (natural, artificial e cultural); f) inaplicabilidade dos pos-

tulados clássicos do fato consumado (fruto de construção jurisprudencial duvidosa), da proteção substancial da confiança (desmembrada da boa-fé objetiva e aplicada irrestritamente aos interesses privados contra o interesse público), da expectativa de direito dos administrados em função dos atos administrativos, da segurança jurídica e da própria boa-fé objetiva na defesa do patrimônio ambiental; g) estudo do poder-dever da autotutela administrativa e a imprescritibilidade na revogação/invalidação dos atos administrativos prejudiciais à defesa do patrimônio ambiental; h) enfrentamento da perigosa ideia do direito adquirido à degradação ambiental.

O método dedutivo será aplicado para demonstrar a estrutura e fundamentos da sociedade de risco e sua fragilidade como modelo protetivo ambiental (insuficiência de posturas públicas e pacto comissivo), além da latente necessidade de substituição pelo modelo de sociedade de garantia (em que os princípios constitucionais ambientais são vetores da mudança). Ao final, abordaremos casos concretos para explicar detalhadamente o problema da perpetuação de irregularidades na tutela ambiental, no âmbito administrativo e judicial (percorrendo julgados que confirmam e repudiam a tese da convalidação, nas esferas da Justiça Federal de primeira e segunda instâncias, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal). Destacam-se os casos da Lagoinha (construção de “condomínio fechado” próximo à APA das dunas na zona sul de Natal), das torres gêmeas do Recife (edifícios de elevada altura construídos em contiguidade à Zona de Preservação Histórica do bairro de São José, na cidade do Recife) e da edificação do *shopping center* Manaíra, na margem do Rio Jaguaribe, na cidade de João Pessoa (em nítido desrespeito à *area non aedificandi* do Código Florestal Brasileiro) e o problema da convalidação dos danos ambientais por intermédio de atos administrativos ou judiciais, na ótica da teoria da complexidade e da interdisciplinaridade do saber ambiental (principalmente pela necessidade de o Poder Judiciário compreender a imperiosa interpretação da defesa do meio ambiente em consonância com a experiência interdisciplinar e afastar-se, paulatinamente, do mito da autossuficiência do conhecimento jurídico). Outro ponto a merecer atenção social concentra-se na dimensão dos direitos difusos e do próprio dano ambiental e o conteúdo dos postulados clássicos do Direito Civil (em sua maior parte trabalhados no Direito Pré-Codificado e Codificado) e sua incompatibilidade com a tutela de caráter transindividual, adotando como lastro teórico as lições de Acsegrad (sobre a sustentabilidade e a questão urbana), Beck (sobre a sociedade de risco), Ferreira (da formação do fato consumado), Leff (dos contornos do saber ambiental e da sua complexi-

dade), Morin (complexidade ambiental), Leite (dano ambiental), Mazzilli (patrimônio ambiental), Menezes Cordeiro (boa-fé no Direito Civil), Milaré (amplitude do Direito Ambiental), Ferreira (teoria do fato consumado), Roubier (formação dos direitos subjetivos), entre outros.²

1. Sociedade de risco: bases e adequação à realidade brasileira

1.1. Sociedade de risco: origem

O século XX representou nítido período de transição entre o processo de industrialização e a produção em massa, motivada pela simples evocação do poderio do consumo, verdadeira demonstração de força econômica e esvaziamento de freios na qualidade de vida e proteção dos valores naturais. Gradativamente, o fenômeno da industrialização incorpora a produtividade sem reservas; produzir cada vez mais sem a preocupação da necessidade, e muito menos da escassez de recursos, virou o itinerário do mundo corporativo. Assustadoramente, percorremos os estágios do servilismo, do escambo, da crença monetária, do pleno emprego, da massificação, da produção sem embargos e, em ângulo inverso, não houve a preocupação com o manejo dos recursos naturais. Técnica e produção selaram acordo no sentido de ir cada vez mais longe, construindo sólido alicerce no abandono da ética e no esvaziamento dos valores locais. Progressivamente, as tradições são substituídas por conveniências, o conhecimento popular é apagado pelo globalitarismo, no afirmar do saudoso mestre da geografia mundial Milton Santos, e a consciência cede espaço para o utilitarismo sazonal.

Em menos de cem anos, trilhamos os caminhos do vapor, da energia elétrica, da aviação, da radiodifusão, da penicilina, das vacinas, das técnicas anestésicas, do transplante cardíaco e de demais órgãos, das cirurgias robóticas, da abertura da comunicação com a telefonia, a Internet, a virtualização dos bancos de dados, de um número avassalador de doenças reputadas extintas e que regressaram, de outras que surgiram, enfim, de um arsenal de conhecimentos e condutas a fomentar encontros e desencontros na jornada humana. Geramos riquezas, aprimoramos a economia de blocos de países em detrimento de outros e, em progressão geométrica, não contivemos o avanço do risco criado com a industrialização e a massificação; em outras palavras, a sociedade de risco encontra respaldo no comportamento da sociedade de produção de riquezas e não conseguiu, até a presente data, responder à questão mais cara de sua manutenção: como continuar a produzir sem ofertar nenhuma garantia ou segurança da continuidade do

meio em que vivemos? Beck, analisando os eventos marcantes do século XX, notoriamente o acidente nuclear de Chernobyl, em 1986, assevera que a criação do risco está nitidamente ligada à oferta desenfreada de bens e serviços, muitas vezes desnecessários, mas impulsionados pela mídia e insertos no subconsciente como indispensáveis, além de outro fator de relevo: a carga de externalidades que cada produto possui em seu bojo (os alimentos contaminados, a água, o solo, o ar, enfim, todos os elementos naturais são transformados pelo ser humano em veículos de doenças, de pragas internacionais, de fontes de problemas).³

A atividade nuclear serviu de base para o pensamento de Beck em torno do medo coletivo/globalizado que envolve as sociedades modernas, independentemente do poderio econômico, militar ou tecnológico: a produção dos riscos superou em incontável velocidade a possibilidade do ser humano de raciocinar alternativas para os problemas criados. Produzimos uma riqueza insustentável, frágil na própria essência e desigual em todas as matrizes, pois privilegia a concentração de resultados e espolia os recursos naturais sem a menor cerimônia, mascarando os verdadeiros problemas da esgotabilidade de fontes e da qualidade de vida perdida e, em sua mor parte, irrecuperável.

1.2. Sociedade de risco: estrutura e fundamentos

A modernidade preconiza o medo como signo mais forte, embasado no risco dos fatos e ignora qualquer tipo de fronteira fática ou jurídica dos seus limites, desprezando, inclusive, a técnica da meritocracia que atribui a cada um o resultado dos seus esforços pessoais e a substitui por um novo destino pautado na função e no grau do perigo a que cada habitante está sujeito. O medo seria um produto da modernidade que arrefece o conteúdo da nacionalidade, do espaço e do tempo e cada nação contribui para formar a humanidade do erro e suas respectivas forças destrutivas. A outra face de tal modelo social é a negação do desconhecido e indomável, o não reconhecimento de um comportamento autodestrutivo e irreversível, capaz de colocar em xeque a continuidade da vida em suas diferentes formas.⁴



Na sociedade de risco, ressalta-se o modelo de modernidade tardia, em que a produção social de riquezas (segregadoras) gera a produção social de riscos (não segregada e sem fronteiras), implicando a divisão autoritária dos ônus sobre a cadeia de consumo, ou seja: o processo de modernização (racionalização e transformação do trabalho e da organização social) cobra um duplo preço: negativa de uma verdadeira carência material e a criação de riscos potencialmente desconhecidos pelo ser humano. A natureza passa a ser concebida/enxergada como matéria de uso econômico e os riscos criados são distribuídos injustamente (de modo consolidado e sem estancamentos) atingindo os causadores diretos e os indiretos e não fomentando o acesso ao desenvolvimento científico-tecnológico para todos os integrantes de uma comunidade.

1.3. Sociedade de risco: adequação à realidade brasileira

A palavra risco, utilizada na Antiguidade Clássica, envolvia a situação da ousadia nas navegações, o desconhecido, a assunção de desbravar o inimaginável e utilizar os recursos/conhecimentos específicos para a empreitada (notadamente de caráter mercantil ou colonizador); em tal contexto, somente se poderia imaginar a amplitude pessoal dos riscos assinalando-se apenas os sujeitos diretamente vinculados à situação de perigo e, atualmente, a aplicação conceitual ignora limites territoriais e temporais. Progressivamente, os problemas da modernidade pós-industrial assumem contornos portráteis e internacionais, sugerindo Becker a adoção de cinco teses para resumir a arquitetura social e a dinâmica política dos potenciais de autoameaça civilizatória: a) riscos diferenciam-se das riquezas; b) riscos são diferentes das situações sociais de ameaça; c) riscos são grandes negócios empresariais; d) riquezas são possuídas e riscos afetam; e e) a sociedade de risco é catastrófica e as exceções são normalidade. Dessa forma, a realidade brasileira em busca do desenvolvimento não fugiria da estrutura societária de risco, moldada em suas características e teses universais, a saber: a) riscos diferenciam-se das riquezas: a produção dos riscos, principalmente na sociedade transfronteiriça é, na maioria das vezes, imperceptível e irreversível e são adaptados aos processos sociais de definição (quanto mais informado for o público-alvo, menor será o campo de abertura de seus efeitos); assim, a distribuição dos riscos no cenário brasileiro não destoaria da realidade mundial: concentra-se o capital e divide-se o ônus da degradação da natureza; b) riscos tendem a retornar aos seus criadores ou aos que lucram com eles (ainda que em marcha morosa), de tal modo a explicar a interferência da vontade internacional sobre a proteção do patrimônio de um só país e a

desvalorização e desapropriação ecológicas permeando o processo de industrialização; c) riscos assumem contorno econômico (havendo interesse na sua produção e correlata venda de falsas soluções) e são produzidos como elementos da atividade empresarial; d) riscos afetam as sociedades sendo insusceptíveis de apropriação ou plena determinabilidade, fazendo indispensável a consciência do risco para valorar a sua existência; e) riscos são contabilizados na atividade empresarial ou mesmo governamental, passando as situações excepcionais à formatação da regra; aceita-se o desvalor como valor e consolida-se o irreversível sem relutância.⁵

2. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito de procusto na tutela difusa brasileira

2.1. Consolidação da precariedade: o que não tem remédio, remediado está?

O debate da matéria ambiental e de todas as manifestações de interesses e direitos difusos na Constituição Federal de 1988 demandou uma completa mudança de paradigmas na realidade brasileira dos últimos anos. Lentamente, trilhamos o caminho da tutela de caráter individual para a massificada, de contornos não definidos, com objetos e atores sociais enfocados primeiramente na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e posteriormente com o advento do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), precisamente nos moldes do Art. 81, Incisos I, II e III de um dos melhores diplomas ordinários que o Brasil produziu. Na Carta Política de 1988, a dedicação de um capítulo especial sobre a defesa do acervo ambiental constituiu momento decisivo para reforçar as garantias existentes e ampliar outros horizontes ainda não concebidos. Incorporamos o ideário do direito norte-americano e europeu, encampanando conceitos antes ignorados ou demasiadamente incipientes em nosso cotidiano, tais como a prevenção e a precaução, a função socioambiental da propriedade, o poluidor-pagador, a cooperação entre os povos, a participação popular, a publicidade das decisões de caráter ambiental, a variável ambiental, a proibição de retrocesso, a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, a responsabilidade pelo risco integral (em que não se aceita a invocação dos elementos arrefecedores/excludentes da relação lógico-jurídica de causalidade), entre outros princípios. De qualquer modo, a aplicação dos princípios trazidos com a Constituição Federal de 1988 ainda não foi consolidada e, em inúmeras situações, o recurso ao Poder Judiciário representa *iter* obrigatório para a valia dos valores da

ordem ambiental brasileira, mormente se acompanharmos a atuação do administrador público ao cancelar situações incompatíveis com a proteção do patrimônio ambiental em suas diferentes vertentes. Diante de tal quadro, surge a indagação: ultrapassada a discussão entre a mera estrutura dos atos administrativos em sua motivação (discricionária ou vinculada) e demais requisitos de sua validade (finalísticos, formais e de conteúdo), até que ponto a sociedade deve tolerar/consolidar a perpetuação de agressão ao meio ambiente praticada sob a égide da legalidade dos atos provisórios (com destaque para os diferentes tipos de licenças e demais autorizações do Poder Público) que frontalmente desrespeitam as mínimas regras de preservação do espaço público? Agrava-se o quadro quando a continuidade/convalidação das irregularidades/abusos contra o interesse público passa pela ação/omissão do Poder Judiciário quando de sua análise de potencial lesão ao meio ambiente, pois em modelos sociais fragilizados (nos quais a influência do meio econômico exerce incontestado poder), a sociedade espera, com desmedido e ultimado grau de confiança, uma postura imparcial e arrojada, garantidora da defesa do interesse público atingido. Assim, a carga de responsabilidade moral e ética do Judiciário cresce exponencialmente nos países com elevado índice de orfandade moral exigindo, concomitantemente, uma consciência contínua contra o mito da autossuficiência judicial (que despreza os conhecimentos produzidos em outras áreas do saber humano e enclausura o acervo de eventuais decisões às cargas hermenêuticas exclusivamente técnicas, sem nenhum tipo de vivência de mundo). Causa temor a admissão da teoria do fato consumado na tutela dos interesses difusos no Brasil, pois a sua formação deriva de situações que colidem com a promoção dos valores ambientais e, de igual modo, por se tratar de raciocínio emprestado (originado do debate sobre a consolidação de situações nas quais se discutia a prestação do serviço educacional ou o ingresso no serviço público, a regularização de candidato em razoável progresso nas etapas de avaliação do certame e que, por decurso temporal postergado, não deveria ser prejudicado pela própria inércia da administração – *Nemo potest venire contra factum proprium*), não se coaduna com situação de irreversibilidade e definitividade a curtíssimo prazo, pois as ofensas contra a natureza reproduzem-se em velocidade vertiginosa no tempo e no espaço. Na mesma linha de raciocínio, devemos recordar que a revogabilidade dos atos administrativos constitui um poder-dever do administrador quando da presença de qualquer elemento invalidador ou retirante de sua legitimidade moral, com escopo no princípio da autotutela da administração pública, largamente incorporado pela doutrina nacional e nas Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que respectivamente dispõem:⁶

Súmula 346. a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473. a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Logo, qual o receio para afastar a ação normativa do administrador incompatível com a promoção de qualquer direito difuso apenas pelo argumento do respeito às legítimas expectativas dos administrados pelo simples fato do decurso temporal? Haveria em nosso ordenamento o reconhecimento do direito adquirido a agredir, poluir, alterar, prejudicar a qualidade de vida em virtude da inércia do próprio Estado?

2.2. Supremacia do interesse público: desgaste ou rigidez de um conceito?

Dos mais polêmicos temas na esfera administrativa, o interesse público continua alvo de tentativas de delimitação e conteúdo, constituindo a morosidade e o peso da burocracia na administração pública premissas de razoabilidade para convalidar situações contrárias ao interesse público, sob o manto de uma permissiva e questionável razoabilidade. Com tal assertiva não pretendemos esvaziar ou reduzir o conteúdo da expressão “interesse público” em nossa realidade; ao contrário, desejamos chamar atenção para o seguinte dado: até que ponto podemos admitir a razoabilidade como engrenagem universal para os desmandos e abusos praticados contra a preservação do patrimônio inalienável de um povo?

Ora, se a administração pública não cumpre sua tarefa de apreciar *in oportuno tempore* as questões que lhes são privativas e/ou se furta de decidir para preservar interesse público (fazendo valer um poder geral de cautela – muito caro nas questões ambientais), feriria, ao nosso modo de entender, qualquer senso de razoabilidade transferir o ônus de tal prejuízo para a sociedade, que não participou do processo decisório (ressaltando-se o fato de que nem sempre os atos que implicam restrição à qualidade de vida são devidamente publicizados) e muito menos deve ser prejudicada pela inércia do administrador; logo, não seria equânime e muito menos moral invocar a tese do procedimento contraditório para prestigiar o desleixo do poder público com questões de tamanha magnitude. Portanto, não se coaduna

com a supremacia do interesse público a aplicação do *Nemo potest venire contra factum proprium* quando a tutela em questão versar sobre direito indisponível com o debate ambiental. De idêntico modo, questionamos: a ponderação da existência do interesse público e sua ofensa no direito brasileiro, por parte do administrador e do Poder Judiciário, assemelham-se à cena mitológica de Procusto, ao submeter, na região da Ática, suas vítimas à tortura em um leito que era adequado violentamente ao perfil físico do supliciado (no caso em comento, o leito seria a decisão administrativa ou judicial desprovida de qualquer ânimo de justiça social e valores constitucionais e a vítima seria a figura da sociedade)?

2.3. Conformação ambiental e institutos incompatíveis com a tutela dos interesses difusos

No controle do conteúdo dos atos administrativos, o administrador frequentemente transita pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para aferir o custo social das suas decisões, notadamente as que restringem direitos ou determinam a realização de condutas negativas. Até que ponto a razoabilidade e a proporcionalidade servem de esteio para a consolidação de situações incompatíveis com o interesse público? O Estado tem o direito de tolerar atividades nocivas ao meio ambiente pelo simples fato de não fiscalizar/prevenir em momento adequado? Tal questionamento não pode ser realizado sem a lembrança de que a democracia moderna pressupõe larga abertura de diálogo e acesso às fontes que serviram de arrimo para a tomada de decisões do Poder Público, mas, por outro lado, como admitir que o cálculo das externalidades e do custo social sirva de argumento para a convalidação de uma irregularidade ou inconstitucionalidade? Em torno de tal problemática, despontam os institutos do fato consumado, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da proteção substancial da confiança e da expectativa de direito em matéria ambiental.

2.3.1. Fato consumado: liberalismo ou conformação tácita do absurdo?

No Brasil, a tese do fato consumado devemos à produção jurisprudencial tardia e o seu melhor estudo, ao nosso modo de sentir, encontramos na obra de Odim Brandão Ferreira, procedendo a didático debate sobre a origem do tema, sua validade, âmbito de incidência e efeitos de sua aplicação.⁷ Percorre-se o raciocínio de que ao administrador não é permitida

a desconstituição de situações consolidadas pelo fator temporal, sob pena de agressão à razoável expectativa de convalidação dos efeitos do passado; mas, na tutela do patrimônio ambiental tais premissas são válidas? E como argumentar um modelo de admissibilidade das irregularidades oriundo de situações que aprioristicamente não apresentam risco?⁸ Sobre tal temática, verifiquemos o RESP. n. 650.728 – SC, da lavra do ministro do STJ Herman Benjamin, ao rechaçar a teoria do fato consumado.

2.3.2. Princípio da segurança jurídica em matéria ambiental

A segurança jurídica remonta à consolidação das legítimas expectativas dos sujeitos de direito em torno dos atos praticados pela administração ou mesmo por particulares; no tocante à seara pública, o administrado espera uma postura de previsibilidade do poder público para a proteção individual dos seus direitos, mas, na tutela ambiental, temos um outro debate sobre o tema, pois a prestação do direito fundamental ao meio ambiente sadio para as gerações presentes e futuras é compatível com a certeza da legalização de um absurdo? A provisoriedade é a marca dos administrativos atinentes à matéria ambiental e os sujeitos de direito beneficiados com as decisões judiciais devem ter em mente a dinâmica dos riscos inerentes ao processo de natureza cautelar.

2.3.3. Princípio da boa-fé objetiva em matéria ambiental

Típico princípio insculpido na disciplina do direito privado, com nítida influência da legislação romana e período clássico da pré-codificação, a boa-fé assumiu contornos de defesa da ética e da razoabilidade do comportamento humano, centrada no debate do subjetivismo, em sua fase primária, e encampando, posteriormente, contornos dos comportamentos objetivos. Procura afastar posturas contraditórias ao próprio ordenamento jurídico e ostensivamente repudiantes à confiança das relações jurídicas, tais como as proibições do *Nemo potest venire contra factum proprium*, da *suppressio*, da *surrectio*, do *tu quoque*, do *volenti non fit iuria*, velando por um mínimo de segurança no trato das questões sociais e jurídicas, tanto nos tradicionalmente públicos quanto nos privados.⁹

2.3.4. Princípio da proteção substancial da confiança em matéria ambiental

A proteção substancial da confiança, construção doutrinário-jurisprudencial oriunda do debate administrativo e tributário, vem paulatinamente grassando para as lides ambientais com foco nas instalações irregulares de empreendimentos, loteamentos, concessão de licenças de instalação, cobrando um posicionamento convalidador das situações dilargadas temporalmente para exigir respectiva compensação e possuindo similitude com a teoria do fato consumado, implicando restrição ao princípio da autotutela administrativa e supressão ao princípio da supremacia do interesse público, notadamente.¹⁰ Assim, não se poderia falar inexoravelmente na indenizabilidade dos atos praticados pela administração em não se configurando abuso ou quebra de uma legítima e moral confiança, não oriunda de estados provisórios de fato ou clandestinos e precários, a exemplo do teor da Súmula n. 479 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 479: as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.

2.3.5. Expectativa de direito e atos administrativos em matéria ambiental

Ressalta-se, ainda, no confrontar de situações clássicas do direito privado com a promoção dos direitos difusos, a chamada expectativa de direito e os atos administrativos em geral. No tópico seguinte, debateremos a provisoriedade, por excelência, dos atos administrativos em sede de tutela ambiental, afastando o tradicional conceito da expectativa de direito no tocante às requisições de permissões/concessões para explorar os recursos naturais e interferir direta ou indiretamente nos outros tipos de patrimônios difusos.

3. (Des)caminhos da garantia ambiental: o mito das parcas na tutela difusa brasileira

3.1. Escopo da Emenda Constitucional n. 45/2004 e solução dos conflitos sociais

A chegada da Emenda Constitucional n. 45/2004 preconizou a prestação do serviço judicial com celeridade (incluindo-se a presteza e a quali-

dade em seu âmago), além do controle do Poder Judiciário e o reforço da transparência em seus atos administrativos e processuais. Contudo, a pesada estrutura processual existente no Brasil (aspecto do fatigante sistema recursal e do desequilíbrio de regras processuais comezinhos, v.g. prazos para contestar e recorrer) é incompatível com quaisquer avanços em tal sentido, notadamente quando comparamos os números revelados nos censos do Conselho Nacional de Justiça, em que estados do nordeste brasileiro ocupam posições privilegiadas no quesito da morosidade jurisdicional. Contemplando o Anteprojeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166/2010), verifica-se a adoção de instrumentos arrefecedores da morosidade processual e redução de gastos com o Poder Judiciário, mormente pelo reiterar da repetitividade das causas e a uniformização de prazos. Entretanto, pouco ou quase nenhum espaço foi destinado ao feito virtual e à problemática da acessibilidade jurisdicional, temática contemplada com a informatização dos sistemas de movimentação processual com o pioneirismo dos JEFs – Juizados Especiais Federais em todo o Brasil.

3.2. Tempo, pacificação e crença jurisdicional

Nenhuma reforma legislativa resolve, isoladamente, o problema da deficiência da prestação jurisdicional; imperiosa é a mudança de mentalidade para que o Judiciário cumpra o papel da pacificação social e a manutenção do regime democrático do Estado de Direito. Assim, a crença de um povo em suas instituições depende exatamente do grau de transparência e desvelo das funções desempenhadas de modo a desestimular, no caso concreto, o incremento da justiça privada e a perniciosa nódoa da impunidade.

3.3. A (des)razoável duração do processo, insegurança e flexibilização dos valores ambientais

Na mitologia clássica (greco-romana), as Parcas (Roma) e as Moiras (Grécia) representavam divindades responsáveis pela trajetória da vida, uma delas tecia o fio da existência humana (Clothos, criando o cordão umbilical), a outra (Lachesis) a sua duração/comprimento e a última (Atrophos) o momento exato do seu corte. Na atualidade, o Judiciário assumiria o papel das Parcas e o tempo na tutela ambiental constitui fator crucial na pacificação dos conflitos e preservação da identidade do patrimônio difuso. Assim, assume perspectiva idêntica ao trato das questões imanentes à dignidade humana e à própria vida ou liberdade e o deslinde tardio de disputas ambientais, representa a negação de sua defesa.¹¹

3.4. Conflitos ambientais: origem, manutenção e perpetuação

Conflitos ambientais envolvem, obrigatoriamente, uma estrutura complexa, não se exaurindo ou encerrando na atividade jurídica e exigindo um contínuo aprimoramento das relações do direito com outras ciências. Sua origem remonta à incompatibilidade de interesses entre a preservação do meio e a constante necessidade de exploração dos recursos naturais, fator decisivo para o próprio conceito de sustentabilidade e para a adoção de instrumentos voltados à minimização das atividades degradantes/poluentes. Progressivamente, a responsabilidade civil ambiental conquistou espaço e difundiu-se com extremo vigor para abrandar paulatinamente a exigência de demonstração densa do nexo de causalidade, em prol do acesso à qualidade de vida, e para facilitar a solução dos litígios com foco na proteção do ambiente, evitando a sua perpetuação. Vimos que o tempo, na solução dos problemas ambientais, centraliza boa parte das preocupações dos operadores do direito e, se não manejado corretamente, traz sérias consequências para os jurisdicionados, inclusive com a consolidação de situações pretéritas pelo simples fato da morosidade processual as “legitimar”.

4. Sociedade de garantia: contornos e aplicação à realidade brasileira

4.1. Princípios na ordem constitucional ambiental

A Carta Política de 1988 inaugurou uma perspectiva social amplamente voltada para a consecução das políticas públicas, sendo emendada constantemente para ampliar o elenco de garantias fundamentais. Em tal cenário, o Art. 225 deixou latente qual é o compromisso assumido pela sociedade para a consecução da preservação ambiental e a construção do direito fundamental ao meio ambiente, presente no Estado Socioambiental de Direito.¹²

4.2. Sociedade de garantia: estrutura e fundamentos

Na sociedade de garantia, registra-se o papel do Estado Preventivo de Direito, no qual as atividades potencialmente causadoras de risco são minimizadas ou impedidas. Não se cogita um modelo meramente repressivo ou tardiamente preventivo, pois é minimizada a produção dos riscos e admitida a proibição de qualquer atividade/empreendimento capaz de causar dano ambiental. O binômio prevenção/proibição assume naturalmente o

centro gravitacional de sua estrutura, atingindo a precariedade e a provisoriedade dos atos administrativos inerentes à tutela ambiental (derivados do EIA/RIMA e licenças em geral), bem como a busca pela redução da atividade produtiva, com a adequação da livre iniciativa à garantia do meio ambiente para as gerações do futuro, evitando-se a pauperização civilizacional advertida por Beck. Simplificadamente, os tipos societários podem ser estruturados da seguinte forma:

Sociedades	Sociedade de Classes	Sociedade de Risco	Sociedade de Garantia
Objetivos	Divisão de riquezas	Prevenção dos acidentes	Prevenção/precaução das atividades com a garantia da qualidade de vida. Proibição das atividades de risco.
Símbolos e frases	Solidariedade da carência. Tenho fome	Solidariedade do medo. Tenho medo	Repartição de responsabilidades. Não preciso consumir ou posso consumir menos.
Modelo de responsabilidade civil	Aceitação das atividades e distribuição de riquezas	Aceitação da atividade e arrefecimento do nexo causal	Restrição de atividades e concentração de atitudes preventivas. Reforço da supremacia do interesse público.

4.3. Sociedade de garantia: vinculação a alguns princípios ambientais

Para fundamentar a viabilidade e os contornos da sociedade de garantia, os princípios ambientais inseridos na Constituição Federal de 1988 desempenham papel extraordinário na sua consecução. Fundamentalmente, a sociedade de garantia utiliza os princípios constitucionais como ferramentas-motrizes em seu plano de implementação ou, em outras palavras, a sua verdadeira aplicação passa pelo colocar em prática todo o bojo do Art. 225 da Norma Fundamental pátria. Na sociedade de garantia, não há espaço para a verticalização dos princípios constitucionais vinculados à proteção do meio ambiente, pois cada um desempenha papel estruturante e conexo, merecendo destaque os seguintes:

4.3.1. Sociedade de garantia e a função socioambiental da propriedade

Na função socioambiental da propriedade, a sociedade de garantia encontra eco e estipula os freios iniciais ao titular de direitos individuais, de modo a esvaziar o conteúdo financeiro do dogma do mais forte dos direitos reais e atrelar sua existência a critérios objetivos de utilidade (tanto na questão urbana quanto na rural; v.g. definição do módulo rural para fins de produtividade, pequena propriedade, subutilização do solo urbano, edificação compulsória, extrafiscalidade, entre outros elementos). Despe-se a propriedade da inércia e exige-se uma resposta dinâmica e rápida à consecução do funcionalismo, comum ao Estado Socioambiental de Direito.

4.3.2. Sociedade de garantia e a prevenção

O princípio da prevenção assume local de relevo na sociedade de garantia e, operando em conjunto com os demais capitulados na Constituição Federal, determina a adoção de práticas minimizadoras dos impactos potencialmente viáveis na sociedade de risco. Previne-se a consecução de efeitos oriundos do risco para reduzir a magnitude de danos ambientais, quando não se consegue evitar a ação lesiva.

4.3.3. Sociedade de garantia e a precaução

Na sociedade de garantia, a dúvida não representaria um desestímulo para a proteção ambiental; ao contrário, constituiria freio para a não atuação, o pesquisar de possibilidades para evitar o dano, possibilidades essas catalogadas em um acervo de estratégias da conduta do empreendedor ou do administrador.

4.3.4. Sociedade de garantia e a variável ambiental

A variável ambiental, na sociedade de garantia, exige a adoção de técnicas cada vez mais aprimoradas no monitoramento/prevenção dos danos ao meio ambiente.

4.3.5. Sociedade de garantia e a proibição do retrocesso

Tal princípio afasta o ataque de situações protetivas do meio ambiente pelo administrador ou particulares, negando validade a quaisquer atos que

objetivem a remoção de garantias conquistadas. Na sociedade de garantia, isso explicaria a intervenção mínima (próxima à prevenção/precaução).¹³

4.3.6. Sociedade de garantia, lógica reversa do consumo e consumo sustentável

Na cadeia de consumo, a etapa produtora normalmente não conhecia o retorno do que produzia. Com a adoção da PNRS, instituída no Brasil pela Lei n. 12.305/2010, a conscientização/orientação do consumidor recepciona a possibilidade de sua responsabilização pelas escolhas feitas no mercado, de modo a privilegiar políticas de aquisição menos danosas ao meio ambiente, inserindo-se, desde logo, prazos mínimos para aquisição de novos produtos, o maior rigor na qualidade e a substituição do consumidor rei para o consumidor cidadão.¹⁴

5. Dívida ético-temporal do Judiciário: análise de casos em torno de uma jurisprudência tardia

Quando utilizamos o termo dívida ético-temporal do Poder Judiciário e a jurisprudência tardia, queremos afirmar que a agressão ao meio ambiente não ocorre pela conduta isolada de um ator social; antes de tudo, devemos recordar que a salvaguarda do patrimônio natural de um país envolve inúmeras questões complexas, restando impossível a simplificação da ideia sobre agressão à natureza. Adotando a teoria da complexidade, será possível compreender que a omissão do Poder Judiciário, quando instado a decidir lides ambientais, resulta em um débito misto, de natureza ético-temporal, pois a força negativa das decisões sobre a tutela ambiental adquire uma tripla carga de débitos, a saber: a) de ordem financeira, b) de ordem ético-moral e c) de ordem científica.

5.1. A Zona de Proteção Ambiental de Lagoinha: Natal/Rio Grande do Norte

Na capital potiguar, o MPE promoveu ação para questionar/impedir a construção do “condomínio residencial” Flora Boulevard, edificado próximo à região de dunas (Lagoinha) na subárea da ZPA5 (sul de Natal). O litígio foi deslocado para a Justiça Federal, em virtude da presença do IBAMA e o TRF 5ª Região não vislumbrou qualquer tipo de agressão ao patrimônio ambiental, notadamente pelo argumento da

gleba objeto da construção não ser abrangida pela referida Zona de Proteção Ambiental.

5.2. A Zona Portuária e as torres gêmeas: Recife/Pernambuco

Na cidade do Recife, diferentes e questionáveis formas de agressão ao patrimônio ambiental natural, artificial e cultural foram perpetradas. Algumas, de maneira sub-reptícia e outras de modo notório, sem o menor pudor ou restrição moral. Sítios históricos lentamente descaracterizados, imóveis seculares antes tombados e inscritos no IPHAN, furtivamente destombados, ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social) gradativamente invadidas por empreendimentos imobiliários de porte financeiro. A atuação do Ministério Público, em caráter preventivo ou repressivo, soma-se à participação do Poder Judiciário no amadurecimento da tutela difusa no Brasil. Na foto, verificamos uma etapa da construção das chamadas “torres gêmeas” do Recife, obra realizada em área contígua ao perímetro de Zona de Preservação Histórica – ZPH (no caso, o bairro de São José e sua arquitetura setecentista), com o aval da Prefeitura da Cidade do Recife e parte do CDU, em que encontramos representantes de distintos setores do mercado imobiliário, profissionais de arquitetura e da própria PCR. Levada a questão à Justiça Federal, por intermédio da Ação Civil Pública n. 2005.83.00.004462-1, que tramita na 6ª Vara Federal, em primeira instância, foram determinadas a suspensão e a demolição da edificação, inclusive identificando-se a responsabilidade por omissão do poder público municipal e do poder público federal (IPHAN/União). No TRF 5ª Região, a decisão liminar suspensiva das obras foi cassada e subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), iniciou-se o debate sobre a teoria do fato consumado.

5.3. Área de Preservação Ambiental do Rio Jaguaribe: João Pessoa/Paraíba

Em João Pessoa, às margens do Rio Jaguaribe, foi edificado o Shopping Manaíra, em flagrante desrespeito à Lei n. 4.771/1965 e à postura municipal, além de atestar a conivência e a omissão administrativa, fato consolidado no Judiciário estadual, por intermédio de compensação ambiental e TAC e também questionado na Justiça Federal.

6. Considerações finais

A proteção do patrimônio ambiental na sociedade de risco ainda é limitada à tentativa de previsibilidade do dano e a recomposição do estado de fato anterior, não alcançando um completo sistema preventivo capaz de neutralizar/impedir os fatos geradores do risco, notadamente o risco desnecessário da industrialização progressivamente agressiva. A proposta de construção de uma sociedade de garantia para a tutela difusa enfrenta uma conjuntura de valores e (des)valores edificados com sólida base mercantilista e de questionável durabilidade, melhor definida como sociedade descartável de consumo, na qual até mesmo o patrimônio natural é objeto de uma cadeia ilimitada de riscos. Assim, podemos afirmar inexistir direito adquirido a degradar/poluir e que os postulados clássicos do fato consumado, da boa-fé objetiva, do *Nemo potest venire contra factum proprium*, da *suppressio*, entre outros moldados na sistemática do Direito Privado, não se prestam à complexa e dinâmica tutela do meio ambiente, a despeito de serem utilizados administrativa e judicialmente (e que, por uma questão de justiça, devemos registrar um paulatino avanço no abandono de tais institutos). Logo, necessário se faz um redimensionamento e uma mudança de paradigmas no comportamento judicante brasileiro e na própria estrutura e conceito dos atos administrativos provisórios sob a ótica de uma tutela verdadeiramente preventiva. Até o presente momento, da análise dos julgados sobre o tema, percebemos uma nova linhagem jurisprudencial brasileira, notadamente no STJ, tribunal normalmente lento no processamento das alterações doutrinárias; assim, os julgados da lavra dos ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e Luiz Fux ilustram tal mudança de comportamento. Tal mudança de paradigmas, obrigatoriamente, passará pelos seguintes eixos: a) expectativas na sociedade ora denominada de “garantia”; b) dinâmica e o desgaste da supremacia do interesse público; e c) inadmissível tolerância aos abusos contra a natureza no meio jurídico pátrio, reiterando a necessidade de um cuidado redobrado com o tempo na pacificação dos conflitos ambientais.

7. Notas

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor Colaborador de Direito Ambiental – PRODEMA UFPE. Ex-professor titular de Direito Civil – UEPB. Advogado.

² Sobre as distintas noções de sustentabilidade e o patrimônio ambiental artificial, valiosa é a coletânea sobre a duração das cidades na sociedade de risco, que difunde os conceitos de racionalidade, identidade urbana e acomodação social: “a cidade como *locus* da qualidade de vida é uma representação que, ao contrário da representação tecnomaterial – que obedece à racionalidade estritamente econômica –, resulta na busca da preservação de componentes não mercantis da existência cotidiana e cidadã, sobretudo no que se refere às implicações sanitárias das práticas urbanas. Modelos de ascetismo e pureza são evocados para questionar as bases técnicas atuais do urbano que impõem aos habitantes substâncias nocivas e tóxicas. Dela deriva também uma noção de sustentabilidade urbana que se vincula à ideia de patrimônio, referindo-se não só à materialidade das cidades, mas também a seu caráter, suas identidades, seus valores e suas heranças construídas ao longo do tempo. A terceira representação, a cidade como espaço de legitimação de políticas públicas, atribui a insustentabilidade urbana à incapacidade das políticas urbanas de adaptarem a oferta de infraestrutura e serviços urbanos às demandas sociais acrescidas pelo incremento demográfico constante, gerando um desequilíbrio ou uma queda da produtividade política dos investimentos urbanos” (COMPANS, 2009, p. 138).

³ A leitura da obra de Beck permite o repensar de um modelo social insustentável e concomitantemente imprevisível,

pois todas as premissas de individualização das agressões perde o objeto com a massificação/globalização dos riscos criados: “pobre em catástrofes históricas, este século na verdade não foi: duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl. Isso exige precaução na escolha das palavras e aguça o olhar para singularidades históricas. Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos ‘outros’ – judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc. De outro lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos ‘outros’, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear. E aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade” (BECK, 2010, p. 7).

⁴ “A oposição entre natureza e sociedade é uma construção do século XIX, que serve ao duplo propósito de controlar e ignorar a natureza. A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. Dessa forma, ela se converteu, ao mesmo tempo, em pré-requisito indispensável do modo de

vida no sistema industrial. Dependência do consumo e do mercado agora também significam um novo tipo de dependência da natureza, e essa dependência imanente da 'natureza' em relação ao sistema mercantil se converte, no e com o sistema mercantil, em lei do modo de vida na civilização industrial. Contra as ameaças da natureza externa, aprendemos a construir cabanas e acumular conhecimento. Diante das ameaças da segunda natureza, absorvida no sistema industrial, vemos-nos praticamente indefesos. Perigos vêm a reboque do consumo cotidiano. Eles viajam com o vento e a água, escondem-se por toda a parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos –, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da modernidade. Quando, depois do acidente, ações de defesa e prevenção já não cabem, resta (aparentemente) uma única atividade: desmentir, um apaziguamento que gera medo e que, associado ao grau de suscetibilidade generalizada condenada à passividade, alimenta sua agressividade. Essa atividade residual, diante do risco residual realmente existente, encontra na inconcebibilidade e imperceptibilidade do perigo seus cúmplices mais eficazes” (Id., *ibid.*, p. 9-10).

⁵ A recepção do irregular/clandestino constitui uma das características da sociedade de risco, pelos fatores temporais, judicantes, administrativos etc. O processo de industrialização contabiliza a produção de riscos apostando na omissão das políticas preventivas, inclusive com a intervenção restritiva do Estado em seu poder de império/regulatório: “riscos socialmente reconhecidos, da maneira como emergem claramente, pela primeira vez, no exemplo das discussões em torno do desmatamento, contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que

até há pouco era tido por apolítico torna-se político – o combate às causas no próprio processo de industrialização. [...] Emerge assim na sociedade de risco, em pequenos e grandes saltos – em alarmes de níveis intoleráveis de poluição, em casos de acidentes tóxicos etc. – o potencial político das catástrofes. Sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o Estado de Exceção ameaça converter-se em normalidade” (Id., *ibid.*, p. 28).

⁶ “Em virtude desse princípio, a administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los” (MEDAUAR, 2006, p. 132).

⁷ O fato consumado, entre nós, encontra suporte, entre outros fatores, na própria insuficiência da prestação do serviço jurisdicional, além do endeusamento da provisoriedade dos atos administrativos contrários ao interesse público, ao qual a tutela do meio ambiente está vinculada: “a união dos aspectos material e metodológico parece apta a fornecer o conceito de situação de fato consolidada. Ao contrário do que sua denominação leva a crer, o fato consumado não é a constatação da ocorrência de um fato jurídico, mas a convalidação judicial da prática de ato jurídico em sentido amplo – um ato ilícito – autorizada em liminar. A concepção jurisprudencial traduzida pelo adjetivo consumado destoa dos modernos conceitos utilizados para designar o fenômeno da subsunção de fatos à norma jurídica. [...] O fato consumado é o tópico jurisprudencial pretensamente a serviço da equidade por meio do qual o Judiciário

rio, em sentença, ratifica a liminar autorizadora da prática de ato ilícito, apenas porque, no momento de apreciar o mérito da causa, o detentor do provimento cautelar ilegal já desenvolveu, de fato, a atividade que lhe interessava” (FERREIRA, 2002, p. 114-5).

⁸ “Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo irreal. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente reais e irreais. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se trona impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente” (BECK, 2010, p. 40).

⁹ A aplicação da boa-fé no Direito Público levanta dificuldades maiores. Em princípio, não haveria problemas: a boa-fé conquistou um lugar específico como dado juscultural, não dependendo, pois, de fronteiras acadêmicas internas. A própria cisão entre Direito Público e Privado ganhou forma estrita, apenas, com o jusliberalismo e com as codificações civis por ele impulsionadas. Anteriormente, as normas privadas e públicas entrelaçavam-se, a todas interceptando a boa-fé. Feita a bipartição, a boa-fé, sobretudo no que respeita ao seu entendimento objetivo, vocacionado para a criação de institutos juspositivos, veio a centrar-se em torno do comportamento contratual das partes e da interpretação dos atos efetivados

nesse âmbito (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 373-4).

¹⁰ Quando se diz que é possível intervir sobre Estados juridicamente protegidos, consolidados ou estabilizados segundo a ordem jurídica vigente, ou decorrente de iniciativas autorizativas, desde que mediante indenização, está se dizendo que não é possível eliminar tais posições, senão mediante compensação, ou seja, admite-se a restrição, mas não a subtração ou eliminação daquela posição jurídica.

¹¹ O amplo e irrestrito acesso ao Judiciário para a tutela dos direitos – direito de ação ou direito à tutela judicial efetiva – somente se realiza suficientemente com respostas processuais adequadas e úteis, idôneas para atender às necessidades do caso posto a julgamento e tal não pode ocorrer ou sofrer grave mitigação em seus efeitos e legitimidade se o tempo decorrido entre a busca de proteção e o resultado processual for longo demais. O Estado monopoliza a atividade de jurisdição, veda a autotutela e é obrigado, por meio do Judiciário, a efetivamente decidir todas as questões que lhe são apresentadas para julgamento. Ele tem o dever não apenas de julgar, mas de julgar por meio de procedimentos legitimadores da jurisdição, que sejam justificados em princípios de justiça procedimental, com prestação de tutela judicial justa e adequada, de acordo com as necessidades concretas por proteção (TEIXEIRA, 2008, p. 122-3).

¹² Com efeito, à luz especialmente dos seus deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais e à dignidade humana, o Estado contemporâneo deve ajustar-se (e, se necessário, remodelar-se) a cada novo passo histórico no sentido de enfrentar como tarefa estatal as novas ameaças e riscos ecológicos que fragilizam a existência humana, tendo em vista, como refere Häberle, um processo

dialético posto em marcha, que se renova constantemente no horizonte do projeto político-jurídico da comunidade estatal (FENSTERSEIFER, 2008, p. 96).

¹³ A proibição de retrocesso, nesse contexto, diz respeito mais especificamente a uma medida protetiva dos Direitos Fundamentais (e da dignidade humana) contra a atuação do legislador em termos de retroceder nas garantias e na tutela normativa já existentes para com os direitos em questão (Id., *ibid.*, 2008, p. 258-9).

¹⁴ O princípio do consumo sustentável também está intrinsecamente relacionado à concepção de uma cidadania ambiental ou democracia participativa ambiental, pois as práticas de consumo impetradas pelo indivíduo também conformam um espaço de atuação política. Uma atuação consciente do consumidor ajustada a um padrão de qualidade ambiental dos produtos e serviços de que dispõe no âmbito de suas práticas de consumo é também um instrumento de controle individual e social do comportamento dos fornecedores de bens e serviços (Id., *ibid.*, 2008, p. 131).

8. Referências Bibliográficas

- ACSELRAD, Henri. A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. Malheiros, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Renovar, 2008.
- COMPANS, Rose. Cidades sustentáveis, cidades globais: antagonismo ou complementaridade. In: ACSELRAD, Henri. A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p. 138
- FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERREIRA, Odím Brandão. Fato consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- FOULQUIER, Norbert. Les droits publics subjectifs des administrés: émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe ou XXe siècle. Paris: Dalloz, 2003.
- LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 2001.
- LEFF, Enrique. Saber ambiental. Sustentabilidade, racionalidade, complexibilidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LUNELLI, Carlos Alberto. Direito, ambiente e políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2010.
- MAFFINI, Rafael da Cás. O princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

- MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a ressignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. Malheiros, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997.
- MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PENA-VEGA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Direito Administrativo. 22 ed. Atlas, 2009.
- ROUBIER, Paul. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 2005.
- SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do Art. 54 da Lei de Processo Administrativo – Lei n. 9784/99. Revista eletrônica de Direito do Estado/IBDP. Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 42. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- SILVA. Reinaldo Pereira e. O Direito Fundamental ao ambiente natural. In: SARLET, Ingo Wolfgang e LEITE, George Salomão (orgs.). Direitos Fundamentais e biotecnologia. São Paulo: Método, 2008.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOUZA. Marcelo Lopes de. Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo. Curitiba: Juruá, 2008.
- TESSLER. Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. Revista CEJ- Conselho de Justiça Federal, Brasília: Conselho da Justiça Federal, out./dez. 2004. v. 27, p. 95-101.
- ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A JURISDIÇÃO BRASILEIRA EM QUESTÕES INTERNACIONAIS DE FALÊNCIA

Marcos Vinícius Torres Pereira,¹

Frederico A. Monte Simionato²

1. Introdução; 2. Noções preliminares sobre jurisdição no Direito Internacional Privado – competência legislativa e competência judiciária; 2.1. Jurisdição e competência; 2.2. Competência internacional e competência interna; 2.3. Competência concorrente e competência exclusiva; 2.4. Jurisdição direta e jurisdição indireta; 3. O foro da falência no Direito Interno Brasileiro e a competência internacional dos tribunais brasileiros; 3.1. A competência dos tribunais brasileiros em matéria falimentar; 3.2. Breve síntese histórica do foro falimentar no Direito Falimentar Brasileiro; 3.3. Falência internacional e Lei de Falências e de Recuperação de Empresas; 4. Código Bustamante; 5. Considerações finais; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em matéria falimentar, é muito comum que se opte pelo foro do lugar do principal estabelecimento do empresário. Há sistemas que adotarão o foro da sede da sociedade devedora, caso se trate de sociedade empresária devedora.

Atualmente, o trânsito de bens e a interação de pessoas – tanto físicas como jurídicas – é cada vez maior e mais rápida, em nível internacional, devido à monumental e crescente facilitação dos meios de transporte e de comunicação. Os conflitos que brotam dessas trocas e relações se multiplicam. Tais relações possuem elementos de estraneidade, causas que as ligam a diferentes sistemas jurídicos: as diferenças de nacionalidade ou de domicílio/residência entre as partes envolvidas ou de sedes das pessoas jurídicas envolvidas, localização de bens em outros Estados, lugar de constituição ou de cumprimento de obrigações etc. Assim, as relações jurídicas hodiernas ultrapassam os limites físicos das fronteiras geopolíticas dos Estados e, conseqüentemente, desafiam os limites tradicionalmente estabelecidos para a jurisdição dos Estados.

Nesse contexto, a falência do devedor empresário de acordo com o direito interno de alguns Estados, muitas vezes, envolve elementos de estraneidade que fazem com que o caso tenha que ser estudado pelo prisma do Direito Internacional Privado.

2. Noções preliminares sobre jurisdição no Direito Internacional Privado – competência legislativa e competência judiciária

Diante de um caso com elemento de estraneidade ou conexão internacional, um Estado terá que decidir, segundo seu próprio direito (no âmbito do conflito de jurisdições), se cabe ocupar-se do caso e, caso a resposta seja positiva, quais serão as regras a ele aplicáveis (conflito de leis). Assim, a competência judiciária se refere ao poder de o Estado determinar, unilateralmente, quais casos os seus tribunais estarão aptos a julgar. A competência legislativa, por sua vez, consiste no poder do Estado de estabelecer os critérios para determinar o direito aplicável ao caso, *id est*, indicar qual o direito aplicável ao caso.

2.1. Jurisdição e competência

Para Pontes de Miranda,³ a jurisdição seria o “poder de julgar” atribuído a cada Estado, sem importar a forma como tal poder é dividido entre os diversos órgãos jurisdicionais do Estado. A competência, por sua vez, consiste nesse “poder de julgar repartido”. Como diz Agostinho Fernandes Dias da Silva, a jurisdição “é exercida pelos órgãos judiciários; a especialização de tarefas por certos desses órgãos, a sua distribuição entre eles, é a competência”.⁴

2.2. Competência internacional e competência interna

Muitos doutrinadores, e mesmo legislações de Estados, usam o termo “competência internacional” com o sentido de “jurisdição”, já que o termo “competência internacional” é utilizado em oposição ao termo “competência interna”, que se refere à distribuição das atribuições jurisdicionais entre os vários órgãos do Poder Judiciário do mesmo Estado nacional.

No Brasil, tal fenômeno é muito usual e se explica pela sistemática e técnica legislativa adotada pelo CPC/73, que, ao tratar da competência judiciária do Art. 88 ao 124, dividiu-a em regras sobre jurisdição e sobre competência, atribuindo às primeiras a denominação de normas de competência internacional e às segundas de normas sobre competência interna. Assim, devido ao uso consagrado no direito brasileiro, utilizaremos, indiscriminadamente, neste trabalho, o termo “competência internacional” no mesmo sentido de jurisdição ou mesmo de competência geral (nomenclatura bastante apreciada pelo DIPRI francês), apesar de acharmos a simples distinção entre jurisdição e competência mais precisa.

2.3. Competência concorrente e competência exclusiva

A chamada exclusividade ou concorrência da competência internacional de determinado Estado seria, respectivamente, o Estado entender se somente ele ou se também outro(s) Estado(s) teria(m) jurisdição para cuidar de determinado caso. A importância de tal diferenciação, na verdade, pesa para a questão da homologação de decisões estrangeiras. Se o Estado afirmar que detém competência exclusiva para julgar o caso, ele não reconhecerá decisão estrangeira sobre o tema, negando efeitos a essa no seu território. Quando o Estado entende possuir competência concorrente para o julgamento de determinado caso, ele pode admitir que outro Estado também julgue o caso e, com isso, em regra, reconhecer e executar, no seu

território, os efeitos de uma decisão de tribunal estrangeiro que julgou o caso, porque também se achava competente.

2.4. Jurisdição direta e jurisdição indireta

Para a compreensão plena da atividade jurisdicional do Estado, faz-se mister distinguir a jurisdição direta da jurisdição indireta. A primeira se dá quando um tribunal nacional, segundo o seu Direito Interno, avalia a sua competência para conhecer de determinado litígio internacional. A segunda se refere à análise feita pelo tribunal nacional da suposta competência de um juiz estrangeiro para julgar determinado caso.⁵ Tal análise se faz ao examinar a validade de determinada decisão estrangeira, ao avaliar se o juiz estrangeiro prolator da sentença teria tomado para si competência que somente caberia ao juiz nacional ou se ele teria corretamente julgado um caso que lhe caberia julgar. Para esclarecer tal distinção, recorreremos à lição de Amilcar de Castro,⁶ que as distingue segundo o fator temporal, já que, na primeira hipótese, o tribunal avalia *a priori* a questão, ao passo que, na segunda hipótese, o tribunal o faz *a posteriori*.

3. O foro da falência no Direito Interno Brasileiro e a competência internacional dos tribunais brasileiros

O CPC/73 tratou da competência judiciária no seu Livro I (“Do processo de conhecimento”), nos três primeiros capítulos do Título IV (“Dos órgãos da justiça e seus auxiliares”). O primeiro cuida de regras gerais ou que, pela sistemática do CPC/73, referem-se tanto às questões de competência internacional como àquelas de competência interna das autoridades brasileiras. O segundo é intitulado “Da competência internacional” (Arts. 88-90), cuidando da jurisdição das autoridades judiciárias brasileiras. O terceiro tem o título “Da competência interna” (Arts. 91-124) e fala dos critérios para a determinação da competência entre os vários órgãos julgadores nacionais.

Assim como nos dispositivos do Art. 12 da outrora LICC/42 – hoje LINDB/10 –, no CPC/73, a competência concorrente estabelecida no Art. 88 não tem essa circunstância especialmente destacada na redação do dispositivo, mas é estabelecida por comparação com o Art. 89, tendo o dispositivo a seguinte redação:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Quanto às hipóteses previstas nos incisos do Art. 88, cabe registrar que não precisam ser cumulativas, nem há hierarquia entre elas. É possível a concomitância entre elas, se mais de uma hipótese ocorrer no mesmo caso, por exemplo se a obrigação tiver de ser cumprida aqui e o réu aqui tiver seu domicílio. Desse modo, basta que uma das hipóteses dos incisos do Art. 88 ocorra, para que se configure a competência da autoridade brasileira, sem a necessária exclusão de que o juiz estrangeiro venha dela também se ocupar. Entretanto, cabe registrar que a não submissão da parte domiciliada no Brasil à jurisdição estrangeira, em hipótese de competência concorrente dos tribunais brasileiros, pode levar à denegação do pedido de homologação da decisão prolatada pelo juiz estrangeiro.

Ao contrário do Art. 88, o Art. 89 trata da competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, não permitindo, portanto, que tribunal estrangeiro cuide da questão, nem em decorrência de cláusula de eleição de foro, nem por submissão da parte ré. Tal exclusividade decorre da redação do dispositivo nos seguintes termos:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, *com exclusão de qualquer outra*:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional (*grifo nosso*).

3.1. A competência dos tribunais brasileiros em matéria falimentar

As hipóteses listadas *supra* não se referem especificamente à matéria falimentar. Como estabelecer a competência internacional dos tribunais

brasileiros para matéria falimentar? Caberia repercussão internacional do Art. 3º da Lei n. 11.101/05 como norma para fixação da competência internacional dos tribunais brasileiros? Ou teria o Art. 3º da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas aplicação subordinada à norma que estabelece a jurisdição dos tribunais brasileiros (Arts. 88 e 89)? Assim sendo, seriam os dispositivos da LINDB/10 (LICC/42) e do CPC/73 de previsão exhaustiva? Passemos, assim, à análise dessas questões.

Na vida prática, surgem casos com o chamado elemento de estraneidade, que apresentam ligação com a nossa jurisdição apesar de não se adequarem às hipóteses de competência internacional previstas no CPC/73 ou na LINDB/10 (LICC/42). Poderiam, ainda assim, tais casos ser julgados pelos tribunais brasileiros?

Orlando Celso da Silva Neto afirma a existência dessas hipóteses como uma terceira opção àquelas de competência concorrente e competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira e diz que:

a jurisdição internacional do juiz brasileiro apresenta três vertentes para análise. A primeira delas se dá quando da ocorrência de situações previstas no Art. 88 do Código de Processo Civil, a doutrinariamente chamada “competência concorrente”, ou ainda, relativa, alternativa ou cumulativa, visto existir a possibilidade de poder a ação correr perante outro foro. A segunda corrente quando de situações previstas no Art. 89, e é doutrinariamente chamada de “competência exclusiva ou absoluta”. *Há ainda uma terceira situação, que é aquela existente quando o juiz nacional é provocado a se manifestar sobre situação em que sua competência não está legalmente prevista*⁷ (grifo nosso).

Ainda que se aceite a competência da autoridade brasileira para tais hipóteses não previstas, sob quais argumentos isto poderia ser feito? Alguns autores defendem a aplicação, por analogia, das normas de competência interna. Outros recorrem a princípios, posição que nos parece mais acertada.

A aplicação por analogia das normas de competência interna não nos parece correta. Primeiramente, pela natural distinção entre as normas de competência internacional e as de competência interna, conforme objetivado por nosso próprio legislador processual. Seus objetivos e campo de aplicação seriam diferentes. Ademais, não é recomendável a internacionalização de normas de competência interna.

O recurso a princípios nos parece a solução mais sensata, já que o uso dos princípios se destina a solucionar lacunas deixadas pela legislação. En-

tendemos que a melhor solução seria aquela do recurso ao princípio da efetividade, conforme defendido por Orlando Celso da Silva Neto.⁸

Haroldo Valladão⁹ também entende pela competência dos tribunais brasileiros em tais hipóteses não previstas, mas tão somente indica a solução a ser dada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, sem indicar os critérios para tal.

Outros autores, com maior fundamento, falam em outras questões jurídicas na legislação comum que indicariam a competência internacional da autoridade brasileira, além das hipóteses previstas na legislação específica sobre competência internacional, ou seja, além do Art. 12 da LINDB/10 (LICC/42) ou dos Arts. 88 e 89 do CPC/73. Trata-se de situações em que a competência internacional dos tribunais brasileiros derivaria de dispositivos da legislação comum sobre matérias específicas, entre as quais poderia estar a questão do foro falimentar, que examinaremos na continuação.

3.2. Breve síntese histórica do foro falimentar no Direito Falimentar brasileiro

A mais notável regulamentação da jurisdição falimentar internacional no direito brasileiro se deu com nosso primeiro código processual unificado em matéria civil. Por meio de jurisdição indireta e de normas que disciplinavam especificamente a homologação de sentenças estrangeiras na área falimentar, o CPC/39 acabava por estatuir critérios de competência internacional dos tribunais brasileiros em matéria falimentar.

O Art. 786 do CPC/39 vedava a execução no território nacional de sentenças estrangeiras que declarassem a falência de comerciante brasileiro domiciliado no Brasil. Por essa norma, verificadas duas condições – que seriam a nacionalidade brasileira do comerciante e o domicílio deste no Brasil –, seria vedada a execução de sentenças estrangeiras que declarassem sua falência. Talvez o mais apropriado teria sido o legislador falar em “reconhecimento”, “homologação”, que precedem a execução da decisão, mas resta claro o objetivo dessa norma.

Interpretando-se *a contrario sensu* este dispositivo, entendemos que somente os tribunais brasileiros poderiam declarar falência de comerciante brasileiro aqui domiciliado e, portanto, concluímos que os tribunais brasileiros detinham competência exclusiva para declarar a falência de comerciantes brasileiros na citada condição. É nesse sentido a opinião de Amílcar de Castro.¹⁰

Pontes de Miranda traça um breve histórico da questão do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras falimentares no direito brasileiro anterior ao CPC/39, mostrando como a legislação anterior contribuiu para as normas previstas no diploma de 1939:

O Decreto n. 6.982, Arts. 14-22, tratou, pela primeira vez, no Brasil, dos problemas de direito falencial internacional, e a exposição de motivos de Lafayette Rodrigues Pereira mostrou que preocupava o governo o princípio da unidade e universalidade; mas o jurista, de espírito estendido no plano supraestatal, falava como se estivesse a redigir lei interestatal ou supraestatal. Salvou-o, porém, a educação patriótica dos homens do império, principalmente dos juristas, dentre os quais se buscavam os diplomatas. Assim, ainda nos casos de falência decretada no estrangeiro e exequível, no Brasil, a sentença estrangeira, estatuiu-se que aos credores brasileiros, com garantias em imóveis do falido sites no Brasil, permitia-se executarem os mesmos imóveis e pagarem-se pelo produto, reunindo-se à massa somente as sobras (cp. Art. 787, III), não se suspenderiam pela superveniência da sentença estrangeira de decretação de falência as ações contra o devedor, ajuizadas antes da publicação do cumpra-se do decreto judicial (cp. Art. 787, II), seria à parte o tratamento do estabelecimento distinto e separado no Brasil (cp. Art. 788), nas moratórias e concordatas concedidas e homologadas nos tribunais estrangeiros (declarações de vontade) tinham de ser citados os credores “brasileiros” (domiciliados no Brasil, entendam-se), para se obrigarem (cp. Art. 789). A finura das providências ressalta ao mais leve confronto com o texto do código.

O Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, Arts. 91-106, reproduziu os princípios do Decreto n. 6.982, mas aboliu o pressuposto da reciprocidade, em que se baseava a legislação imperial, e abriu brecha para homologação da sentença do devedor estrangeiro domiciliado no Brasil, quebrando o princípio da ligação ao foro do domicílio, a favor dos interesses estrangeiros, a que serviram certos “republicanos” latifundiários do sul do país. Seguiram-lhe as pegadas a

Lei n. 859 e a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908 (aliter, a Lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, Art. 164), e o Código, Arts. 786-9, com as alterações que adiante estudaremos.¹¹

Cabe observar que o CPC/39 não vedava completamente a homologação de sentenças estrangeiras em matéria falimentar no Brasil; tão somente a vedava nos termos do Art. 786, mas a permitia, nos termos do Art. 787:

Art. 787. As sentenças estrangeiras que abrirem falência a comerciantes domiciliados no país onde foram proferidas produzirão no Brasil, depois de homologadas, os efeitos inerentes às sentenças de declaração de falência, salvo as seguintes restrições:

I – independentemente de homologação e à vista da sentença e do ato de nomeação em forma autêntica, os síndicos administradores, curadores ou representantes legais da massa poderão requerer diligências e intentar ações, sem obrigação de prestar fiança às custas;

II – os atos que importarem execução de sentença, tais como a arrecadação e arrematação dos bens do falido, somente se praticarão depois de homologada a sentença e mediante autorização do juiz, respeitadas as fórmulas do direito pátrio;

III – embora declarada exequível a sentença estrangeira de abertura de falência, aos credores domiciliados no Brasil, que tiverem, na data da homologação, ações ajuizadas contra os falidos, será lícito prosseguir nos termos do processo e executar os bens do falido situados no território nacional.

Ainda em matéria falimentar, apesar da possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras sobre a matéria, encontramos uma limitação aos efeitos dessas decisões, conforme se depreende do Art. 788, o qual determinava que “a sentença estrangeira que abrir falência a comerciante estabelecido no território nacional, embora homologada, não compreenderá em seus efeitos o estabelecimento que o mesmo possua no Brasil”.

Vemos aí uma preocupação territorialista com resguardar à jurisdição brasileira o julgamento das ações e efeitos relacionados ao estabelecimento do falido no Brasil. Ao primeiro olhar, tal norma poderia parecer um reflexo do *forum rei sitae*, mas sem correspondência exata com ele; já que o esta-

belecimento do comerciante falido teria um caráter híbrido, *sui generis*, de detalhados tratamento e conceituação aos comercialistas/especialistas da área empresarial; que acabaria por englobar bens móveis e imóveis, como, por exemplo, o imóvel onde funcionasse uma fábrica, todo o seu maquinário e mobília etc. *Data venia*, visualizamos em tal dispositivo a aplicação do princípio da efetividade.

Ademais, a preocupação territorialista se demonstra pela mera condição de estabelecimento de comerciante aqui estabelecido, independentemente de ser nacional ou estrangeiro. Os comerciantes nacionais aqui estabelecidos estariam resguardados pela norma do Art. 786 e, embora esse dispositivo não amparasse os comerciantes estrangeiros aqui estabelecidos, eles encontrariam proteção na norma do Art. 788.

Também vem de longa data no direito brasileiro o protecionismo, o territorialismo, ao limitar os efeitos das sentenças estrangeiras sobre falências no Brasil, conforme se verifica pela evolução do Direito Falimentar, conforme o relato de Miranda Valverde:

O Decreto n. 6.981, de 27 de julho de 1878, que regulou a execução das sentenças estrangeiras, foi a primeira lei que consagrou algumas regras destinadas a solucionar o problema internacional da falência. [...].

A matéria, que foi regulada nos Arts. 14 a 22, com a proficiência de Lafayette, foi alterada e ampliada pelo Decreto n. 917, de 1890, recomposta, com emendas para pior, pela Lei n. 2.024, de 1908, tratada com sensível deficiência pelo Decreto n. 5.746, de 1929, cujos dispositivos foram revogados pelo Código de Processo Civil.

O Decreto n. 917, de 1890, aboliu o princípio da reciprocidade, dispensou a *cautio judicatum solvi* para os administradores requererem as medidas judiciais conservatórias dos direitos da massa falida e consagrou as disposições do tratado de direito comercial de 1889 (Montevideú), que o Brasil não assinara.

Não se pode dizer que a legislação haja seguido o sistema da unidade e da universalidade da falência. Basta, com efeito, o dispositivo do n. III do Art. 787 do Cód. de Processo Civil, que autoriza os credores quirografários, aqui domiciliados, a executarem os bens do devedor sites na repúbli-

ca, até a data da homologação da sentença estrangeira de falência e a se pagarem, portanto, preferencialmente aos credores estrangeiros em idêntica posição jurídica, para se concluir que a unidade e a universalidade da falência, preconizada por Lafayette, não passava, como não passa, de uma bela frase. Apesar disso, para aquela época, 1878, foi a nossa lei, como todas as restrições impostas às consequências do princípio que declarava aceitar, o primeiro diploma que procurou resolver e assegurar os efeitos extraterritoriais das sentenças estrangeiras de falência, consentindo, como consentiu, que os administradores das massas falidas, independentemente da homologação da sentença, aqui praticassem atos conservatórios dos direitos integrantes do patrimônio falido.¹²

Na nossa jurisprudência, amiúde são os casos de falência internacional. Entretanto, um caso de grande repercussão foi o do pedido de homologação da SE n. 919,¹³ sentença declaratória da falência da Cia. Port of Pará, decretada na França, que determinava a arrecadação dos bens da companhia localizados no Brasil, para que fossem levados para a França e lá administrados. Apesar de anteceder o CPC/39, esse caso já confirmava o posicionamento tradicional de resguardar os comerciantes domiciliados no Brasil de falência decretada por juiz estrangeiro.

Jacob Dolinger resume o caso da seguinte forma:

Port of Pará was an American company, incorporated under the laws of Maine, with an office in Portland, Maine, and another office in France. The company had no activities in the US; its only business, by agreement with the Brazilian government, was construction and administration of the port of Belém, the capital of the Amazonian State of Pará. Therefore, even though the company had an office in the US, its main domicile was located in Brazil, where its only activity was being performed. Port of Pará had no commercial establishment in France. In 1907, it borrowed money in France through the issuance of debentures, and, in accordance with French law, had to keep an official domicile in France. By the time one of the debenture creditors requested its bankruptcy, Port of Pará had already closed down its office in France. The

reaction of the Federal Supreme Court to the judgement of the French Court of Mont-de-Marsan (Landes) that declared Port of Pará's bankruptcy and to the exorbitant rule contained in article 14 of the French Civil Code was particularly harsh.¹⁴

Nesse caso, o STF negou por unanimidade a homologação, porque não reconheceu a competência da autoridade francesa para decretar a falência da companhia, por entendê-la ofensiva à nossa soberania nacional, já que a companhia foi constituída para operar exclusivamente no Brasil, realizando atividades exclusivamente no Brasil e possuindo aqui o seu único e/ou efetivo estabelecimento.

3.3. Falência internacional e Lei de Falências e de Recuperação de Empresas

O Direito Falimentar brasileiro, tradicionalmente – como exposto *supra* –, consagra o sistema territorialista sujeitando aos tribunais brasileiros a falência e a recuperação dos empresários que aqui desenvolvem suas atividades empresariais. Tanto assim o é que a competência do juízo universal falimentar é estabelecida em função do local do principal estabelecimento, conforme o Art. 3º da nossa atual lei falimentar:

Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor (leia-se empresário individual ou sociedade empresária) ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Com base neste sistema territorialista, fica afastada a possibilidade de reconhecimento de decisão de tribunal estrangeiro que venha a decretar falência ou deferir pedido de recuperação, reestruturação ou outro termo equivalente, quando se tratar de empresário individual que aqui exerça suas atividades ou de sociedade empresária aqui estabelecida.

Acreditamos que a competência da autoridade brasileira não pode ser derogada, ainda que o tribunal estrangeiro se entenda competente em razão da nacionalidade do devedor ou dos credores envolvidos na questão, ou ainda pelo fato de o devedor possuir sede ou matriz situada no estrangeiro – salvo pelas obrigações assumidas pela própria sede ou matriz no estrangeiro. Com o deferimento do processamento da recuperação judicial

ou a decretação da falência, a competência do juiz brasileiro, estabelecida com base territorial pelo foro do estabelecimento principal do falido, tornar-se-ia competência absoluta.

Apesar da inserção do Direito Falimentar no âmbito do Direito Empresarial, não se pode desconsiderar que o Direito Falimentar é um ramo *sui generis*, relacionando-se com vários ramos do direito e apresentando uma confluência de normas processuais, civis, penais, empresariais, tributárias etc. Em razão de suas peculiaridades, apesar de aí se incluírem vários interesses de particulares, encontra-se grande interesse público no Direito Falimentar, tanto que a consagração, durante a Idade Média, da própria regra *par conditio creditorum* foi resultado do envolvimento e interesse do Estado na organização e administração do processo falimentar.

Assim, em atenção a esses interesses, é competente a jurisdição brasileira para os pedidos de falência e de recuperação de empresas, para devedores que desenvolvam atividades no Brasil. Apesar de o Art. 3º da Lei 11.101/2005 não enunciar expressamente a competência internacional dos tribunais brasileiros nem fazer referência a questões internacionais, sua interpretação deve levar em conta aspectos como a unidade e a universalidade do juízo falimentar, reconhecidas nos Arts. 7.615 e 11.516 da Lei. Destarte, somente pode haver um juízo competente para as ações disciplinadas pela Lei de Falências, levando à conclusão de que, em possíveis casos de DIPRI, a jurisdição da autoridade brasileira se firma em matéria falimentar, com relação a atividades desenvolvidas no Brasil, de forma exclusiva; não permitindo a concorrência de tribunais estrangeiros quando aqui estabelecido o devedor e sendo no território brasileiro, para tal hipótese, competente o foro do principal estabelecimento do devedor – orientação que tampouco é nova em nosso direito Falimentar, já que a anterior Lei de Falências (o Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945) também estabelecia o juízo universal falimentar da seguinte forma:¹⁷

Art. 7º. É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

[...]

2. O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

Mais uma vez, cabe ressaltar que esse juízo universal falimentar para atividades empresariais aqui estabelecidas se dá, em razão do critério territorial, inclusive para sociedades estrangeiras que aqui funcionem mediante filiais, agências ou sucursais aqui autorizadas a funcionar, como bem preleciona Sérgio Campinho:

Deflui do preceito o “sistema da territorialidade” como critério ou princípio para inspirar a regra de competência. Limitam-se os efeitos da falência ou da recuperação ao próprio país, reconhecendo-se a supremacia da justiça nacional para conhecer das matérias. A filial, agência ou sucursal da matriz estrangeira, situada no Brasil, fica considerada como um estabelecimento físico autônomo, com administração própria. Os efeitos da declaração da falência, por exemplo, serão produzidos tão somente em relação aos bens do empresário alienígena situados no Brasil, não envolvendo a matriz situada no exterior.¹⁸

Nelson Abrão aponta o critério da territorialidade como regra geral nas falências internacionais, observando que os efeitos da decretação se circunscrevem à jurisdição local:

Em se tratando de empresário com sede no estrangeiro, as legislações consagram o princípio da territorialidade, ou seja, limitam os efeitos da sentença declaratória da falência ao próprio país, além de reconhecerem a prioridade da justiça local, caso a pessoa jurídica estrangeira aí possua sucursal ou estabelecimento.

A matéria deve ser enfocada no âmbito do Direito Internacional Privado, pois se trata de empresas que desenvolvem atividades em vários países – multinacionais, ou de acordo com terminologia mais recente as transnacionais. [...]

Não refoge a lei brasileira ao critério da territorialidade [...]. Mas, em observância ao princípio da territorialidade, a sentença proferida produzirá efeitos apenas em relação aos bens do comerciante estrangeiro sitos no território nacional, não atingindo a matriz sita no estrangeiro”.¹⁹

Acreditamos que os comentários de Nelson Abrão corroboram o argumento de que a competência internacional do juiz brasileiro seria exclusiva para decretar falência de devedores empresários estabelecidos no Brasil,²⁰

principalmente em casos internacionais, como o de sociedades empresárias estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil.

Ainda a respeito do juízo falimentar, quando a sociedade estrangeira possui várias filiais, Fábio Ulhoa afirma:

Quando o devedor é sociedade estrangeira, a competência para a decretação da falência será definida também em função do principal estabelecimento, levando-se, porém, em conta somente as filiais sediadas no Brasil. Entre as filiais brasileiras, verifica-se qual concentra o maior volume de negócios.²¹

Entretanto, e se essa agência, filial ou sucursal for irregular no Brasil? Entendemos que ainda assim subsiste a competência universal do juiz brasileiro para as atividades, ainda que irregularmente, desenvolvidas em território brasileiro. Para tanto, nos apoiamos em Arruda Alvim,²² o qual defende a jurisdição dos tribunais brasileiros quando a agência, filial ou sucursal de pessoa jurídica estrangeira aqui funciona irregularmente. Ademais, cabe ressaltar que a Lei de Falências não exclui a sociedade em comum da decretação de falência, mas tão somente de pleitear o benefício da recuperação judicial.

Em termos de DIPRI, não podemos deixar de criticar a falta de dispositivos relacionados à falência internacional na Lei n. 11.101/05. Provavelmente alguns especialistas em Direito Empresarial rebateriam a crítica, alegando que a LINDB/10 (LICC/42) ou uma lei substitutiva seria o lugar adequado. Esses não deixam de ter razão, mas, com relação a esse último argumento, diante do moroso processo legislativo brasileiro, a edição da nova Lei de Falências teria sido uma boa oportunidade de incluir dispositivos que poderiam sintonizar a legislação falimentar brasileira ao atual perfil e às necessidades da economia globalizada, em que os negócios e, conseqüentemente, os litígios não respeitam fronteiras.

A jurisprudência pátria sobre falências é esporádica, como já dito. Dois casos mais recentes se destacam sobre o tema, conforme noticiado por Nádia de Araújo:

Na década de 1980, o STF deixou de homologar uma sentença estrangeira sobre falência. A questão versava sobre a natureza do acordo resultante de assembleia de credores. Entendeu o STF que o documento acostado – a ata traduzida do acordo pelos credores – não era uma sentença

estrangeira, pois só a decisão judicial que houvesse chancelado o dito acordo seria passível de homologação. Por outro lado, como os efeitos da falência recairiam sobre imóvel aqui situado, ainda que proferida pela autoridade competente, também seria insuscetível de homologação, por força da competência exclusiva da justiça brasileira.

No STJ, discutiu-se a eficácia no território nacional de uma sentença declaratória de falência proferida no exterior, mas que ainda não havia sido homologada. Tratava-se de recurso especial em que o recorrente procurou reverter a decisão do tribunal do Rio Grande do Sul, procurando deslocar a competência do Judiciário brasileiro para o americano, sob diversos fundamentos, sendo um deles o da existência de sentença de falência nos Estados Unidos que impediria sua condição de réu no processo no Brasil. O STJ entendeu que a sentença de falência estrangeira só teria efeito no Brasil depois de homologada pelo STF.²³

A mesma produção episódica ocorre com a doutrina. Raros são os estudos sobre o tema.²⁴ Os internacionalistas pouco tem se dedicado ao tema atualmente. O mesmo pode-se dizer sobre os comercialistas ou aqueles que hoje se dedicam ao Direito Empresarial, já que uma boa safra dos bons textos clássicos sobre a matéria foi produzida por comercialistas, os quais dedicaram uma parte de suas obras a uma abordagem internacional, como Waldemar Ferreira, Carvalho de Mendonça e Miranda Valverde.

4. Código Bustamante²⁵

Não poderíamos deixar de abordar, neste trabalho, a Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, batizada com o nome de seu criador cubano,²⁶ código esse que é, até hoje, a mais ampla convenção geral sobre as mais diferentes matérias do Direito Internacional Privado, além de matérias sobre outros temas, como o Direito Penal. Tal convenção foi organizada sob a forma de um código, representando o único código regional de DIPRI no mundo.

Ainda que o código esteja parcialmente em desuso, por sua “substituição” pelas convenções interamericanas sobre variados assuntos, ele ainda é

usado em determinados casos para os quais não houver norma ou tratado superveniente – entre as mesmas partes – que lhe retire a força vigente. Assim, poderia ser suscitada a sua aplicação a questões falimentares envolvendo partes sujeitas às suas normas?

Com relação à competência jurisdicional em matéria falimentar, o código dedica os Arts. 328 e 329²⁷ ao tema. O primeiro artigo fala que, para os casos de falência e concurso de credores, se o requerimento for feito pelo próprio devedor, esse deverá ser ajuizado no foro do domicílio do devedor, numa das poucas hipóteses em que o código fixa a competência diretamente com base no domicílio da parte. O segundo dispositivo dispõe que, quando a falência ou concordata for requerida pelos credores, é competente qualquer dos foros onde for deduzido o requerimento, sendo preferível, mais uma vez, o domicílio do devedor, se assim o desejar o devedor ou a maioria dos credores.

Miranda Valverde acusa o código de adotar uma posição vacilante, já que, apesar de preferir a unidade e universalidade da falência no Art. 328, também confirmada pelo Art. 414,²⁸ parece abrir margem a procedimentos concorrentes para a falência, pelo Art. 329:

O Art. 414 do Código Bustamante dispõe que, se o falido não tem senão um domicílio mercantil, não pode haver mais que um processo de falência, para todos os seus bens e todas as suas obrigações. Igualmente, no caso de concordata preventiva ou de qualquer outro meio com o fim de impedir a declaração da falência.

Esse mesmo artigo consagra a unidade e universalidade do processo de concurso civil de credores.

Mas o Código Bustamante, depois de estatuir, no Art. 328, que, nos concursos de credores e nas falências, quando for voluntária a confissão desse estado pelo devedor, será juiz competente o do seu domicílio, abre, no artigo seguinte, a porta às mais descabeladas fraudes internacionais, ao preceituar que, nos concursos ou falências promovidos pelos credores, será juiz competente o de qualquer dos lugares que conhecer das reclamações que os motivam, preferindo-se, caso esteja entre eles, o do domicílio do devedor, se este ou a maioria dos credores o reclamarem.

Como se resolverá o conflito positivo de jurisdições, quando dois ou mais pedidos de falência

forem processados perante a jurisdição de dois ou mais Estados e em nenhum deles se acha o domicílio do devedor?

Pela prevenção?

Como determiná-la e onde o tribunal superior para conhecer do conflito?

Parece-nos que o dispositivo do Art. 328 não pode, entretanto, prevalecer contra a regra especializada no Art. 414, que expressamente declara não poder haver mais de um juízo de falência quando o devedor somente tem um domicílio. Reconhece-se, na conformidade, aliás, do que há de mais assentado, que é a unidade do domicílio que impõe a unidade do juízo e só daquele, portanto, deve ser competente para a declaração da falência.

O requerimento de falência, por qualquer credor, tem que ser formulado perante o juízo do domicílio único do devedor, a qual, se declarada, prevalecerá em qualquer hipótese²⁹.

Waldemar Ferreira busca esclarecer que a unidade e universalidade do juízo falimentar, consagrada pelo Art. 414, referiria-se à hipótese de o devedor ter apenas domicílio num dos Estados contratantes. Caso o devedor tivesse mais de um estabelecimento em mais de um Estado, seria aplicada a regra do Art. 415:³⁰

[...] no Art. 414, se o devedor concordatário, ou falido, tem apenas um domicílio civil ou mercantil, não poderá haver mais do que um juízo de processos preventivos, de concordata ou falência, suspensão de pagamentos, quitação ou moratória, para todos os seus termos e obrigações nos Estados contratantes.

Esse é o caso do que tem estabelecimento apenas dentro do território de um dos Estados contratantes.

Se, entretanto, acrescentou o Art. 415, uma mesma pessoa ou sociedade tiver em mais de um Estado vários estabelecimentos mercantis, inteiramente separados economicamente, poderá haver tantos juízos e processos preventivos e falências, quantos os estabelecimentos.³¹

Com relação à unidade e universalidade do juízo falimentar, cabe observar que o Art. 420³² prevê que as ações e direitos reais, ligados à questão falimentar, serão julgados pelo juiz da situação dos bens.

Entendemos que, em matéria falimentar, os critérios adotados pelo código vão contra as modernas tendências de optar pelo foro do principal estabelecimento do devedor. Entendemos que, em nome do princípio da efetividade, visando à melhor arrecadação dos bens do devedor e satisfação dos credores, a melhor opção seria por esse último foro, razão pela qual entendemos que, para falência decorrente de descumprimento de obrigações exequíveis no Brasil, de devedores aqui estabelecidos, as normas do código estariam em desuso, pelo seu choque com a atual lei falimentar.

5. Considerações finais

Primeiramente, antes de tecermos fortes conclusões sobre o tema, não podemos deixar de admitir que este trabalho é uma mera reflexão sobre o tema, tema esse que suscita outras merecidas reflexões, como a questão de medidas executórias sobre navios e aeronaves, em falências internacionais, e detalhadas questões sobre rogatórias em processos falimentares e sobre homologação de sentenças estrangeiras declaratórias de falência. Deixamos, assim, ao leitor a sugestão de reflexão sobre esses temas, a partir das ideias aqui traçadas.

Diante de todo o exposto acima, a principal conclusão que depreendemos deste trabalho é que urge a adoção de dispositivos sobre falência internacional, seja na seara do DIPRI, seja na seara do Direito Empresarial, ainda que se pretenda manter o territorialismo vigente para atividades desenvolvidas no Brasil, de devedores aqui estabelecidos. Para ressaltar a necessidade de regulamentação do tema, basta recordar que o MM. Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro³³ viu “ameaçada” sua universalidade no procedimento de recuperação judicial – Caso Varig –, quando efeitos de decisão norte-americana poderiam fazer ruir o então processo de reestruturação da companhia.³⁴

Também para registro, cabe dizer que, ao contrário da experiência da União Europeia,³⁵ o Mercosul ainda não regulamentou a matéria falimentar – mesmo sabendo que essa matéria ainda encontra arraigada resistência por parte dos Estados, haja vista a posição inglesa, que acabou levando a solução de uma diretiva para fazer frente à não aplicação da convenção sobre matéria falimentar.

Observando o perfil do Mercosul, parece-nos que os próprios Estados-partes precisam evoluir para que se chegue a mecanismos satisfatórios na seara de falências dentro do bloco. A própria Lei de Falências Brasileira – como já dito – não nos parece receptiva nem preparada para adequar-se a questões de falência internacional.

6. Notas

¹ Professor de Direito Internacional Privado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

² Professor de Direito Falimentar da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

³ MIRANDA, 1997, p. 208.

⁴ SILVA, 1971, p. 30.

⁵ Cabe ressaltar que, na análise de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias passivas, pelo STJ, o julgador pátrio também se depara com questão de jurisdição indireta – não com um produto final de um julgador estrangeiro a produzir efeitos no Brasil, mas sim com uma requisição feita por juiz estrangeiro, de um processo não findo em foro estrangeiro, para cumprimento de diligência processual no Brasil.

⁶ CASTRO, 2006, p. 452-3.

⁷ SILVA NETO, 2003, p. 111-2.

⁸ Id., *ibid.*, p. 127.

⁹ VALLADÃO, 1978, p. 137.

¹⁰ CASTRO, 2006, p. 463.

¹¹ MIRANDA, 1960, p. 44-5.

¹² VALVERDE, 1962, p. 159-61.

¹³ SE n. 919. Relator: ministro Plínio Casado. *Archivo Judiciário*, v. 30/133.

¹⁴ DOLINGER, 1992, p. 360.

¹⁵ “Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

“§ único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador

judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”.

¹⁶ “Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever”.

¹⁷ Por essa razão ou manutenção de orientação, amparamo-nos em doutrina e jurisprudência relativas ao período de aplicação do diploma legal de 1945, quando se coadunam, no seu conteúdo, com a Lei de 2005.

¹⁸ CAMPINHO, 2006, p. 40-1.

¹⁹ ABRÃO, 1993, p. 95-6.

²⁰ Referimo-nos a “empresário estabelecido no Brasil” como aquele que aqui possui estabelecimento.

²¹ COELHO, 2005, p. 27-8.

²² ALVIM, 1977, p. 28.

²³ ARAÚJO, 2008, p. 328-9.

²⁴ Cf MAC DOWELL. 1922.

²⁵ Além do Brasil, são Estados ratificantes do Código Bustamante: Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela. A convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929, e promulgada pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

²⁶ Vide os comentários do próprio autor do código, em matéria falimentar: SIRVEN, 1943.

²⁷ “Art. 328. Nos concursos de credores e no de falência, quando for voluntária a confissão desse estado pelo devedor, será juiz competente o do seu domicílio.

“Art. 329. Nas concordatas ou falências promovidas pelos credores, será juiz competente o de qualquer dos lugares que conheça da reclamação que as motiva, preferindo-se, caso esteja entre eles, o do domicílio do devedor, se este ou a maioria dos credores o reclamarem”.

²⁸ “Art. 414. Se o devedor concordatário ou falido tem apenas um domicílio civil ou mercantil, não pode haver mais do que um juízo de processos preventivos, de concordata ou falência, ou uma suspensão de pagamentos, ou quitação e moratória para todos os seus bens e obrigações nos Estados contratantes”.

²⁹ VALVERDE, 1962, p. 191-2.

³⁰ “Art. 415. Se uma mesma pessoa ou sociedade tiver em mais de um Estado contratante vários estabelecimentos mercantis, inteiramente separados economicamente, pode haver tantos juízos de processos preventivos e falência quantos estabelecimentos mercantis”.

³¹ FERREIRA, 1966, p. 587-8.

³² “Art. 420. As ações reais e os direitos da mesma índole continuarão subordinados, não obstante a declaração de falência ou concordata, à lei da situação das cousas por eles atingidas e à competência dos juizes no lugar em que estas se encontrarem”.

³³ Processo n. 2005.001.072887-7, relativo à Ação de Recuperação Judicial.

³⁴ Cabe esclarecer que, em razão do encaminhamento dado ao caso, não houve pedido de HSE da decisão estadunidense.

³⁵ Depois de duas tentativas sem resultados significativos (a Convenção Europeia sobre Certos Aspectos Internacionais da Falência, de 1990, e a Convenção da União Europeia Relativa aos Procedimentos de Insolvência, de 1995), hoje, o Regulamento (CE) 1346/2000 sobre In-

solvência, disciplina a matéria falimentar na Europa com sucesso.

7. Referências Bibliográficas

ABRÃO, Nelson. Curso de direito falimentar. 5 ed. revista e atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: LEUD (Livraria Editora Universitária de Direito), 1993.

ALVIM, Arruda. “Competência Internacional”. RP, n. 7-8, 1977.

ARAÚJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. 6 ed. revista e atualizada por Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei De Falências E De Recuperação De Empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. Brazilian International Procedural Law. In: DOLINGER, Jacob e ROSENN, Keith S A panorama of Brazilian law. Rio de Janeiro/Miami: Editora Esplanada/ University of Miami North-South Center, 1992.

----- . Direito Internacional Privado: parte geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 15.

- MAC DOWELL, J. M. Das falências em Direito Internacional Privado. RF, 1922, v. 39.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, Tomo X. .
- . Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, Tomo II.
- SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. Direito Processual Internacional. Rio de Janeiro: Vilani Filhos, 1971.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. Direito Processual Civil Internacional brasileiro. São Paulo: Ltr, 2003.
- SIRVEN, Antonio Sanchez Bustamante y. Derecho Intenacional Privado. Habana, Cultural, 1943, Tomo III.
- TENORIO, Oscar. Direito Internacional Privado. 11 ed. revista e atualizada por Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. II.
- TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1975, v. I.
- VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, v. 3.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. III, p. 218-9.



O FUNDAMENTO MATERIAL DO ILÍCITO-TÍPICO À LUZ DA COMPREENSÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL DE FARIA COSTA: A OFENSIVIDADE E OS SEUS DISTINTOS NÍVEIS

Diego Alan Schofer Albrecht¹

Júlia Bagatini²

Introdução; 1. A síndrome funcionalista e o excessivo predomínio da política criminal: a necessidade de um argumento de validade a frear a *Zweckrationalität*; 2. A compreensão onto-antropológica do Direito Penal de Faria Costa: a ofensividade como fundamento material do ilícito-típico. 3. Ilicitude *versus*(?) tipicidade; 4. A ofensividade e os seus distintos níveis; 5. Considerações finais; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

Introdução

Vivemos um tempo de efemeridades, de transitoriedades. Um tempo que nos faz refém da circunstância. Um tempo que glorifica o instante e

que, talvez por isso, conceba o futuro como uma simples sucessão ininterrupta de muitos presentes. Um tempo que muito se aproxima, ou que até se confunde, com a temporalidade. Um tempo, enfim, que podemos chamar *tempo breve*, que não consegue conviver com o *tempo longo*.³ E se as coisas são, realmente, assim, não podemos negar, no seguimento de Faria Costa, que “estes são tempos de ‘razão débil’ e que quando se ousa ir contra o tempo, de duas uma: ou se não tem razão ou se tem razão para outro tempo”.⁴

A despeito disso, se bem que cientes do risco inerente a uma tal postura, acreditamos que o tema de que cuidaremos a seguir demanda a adoção de uma razão, de um pensamento que se pretende *forte*.⁵ Mesmo que o caminho escolhido nos leve a andar, de certo modo, na contramão do pensamento reinante, ainda assim é nossa firme convicção de que se trata do caminho mais consentâneo à realidade. Falamos da necessidade de se (re) pensar e (re)discutir o fundamento do Direito Penal, hoje tão permeado por compreensões utilitaristas,⁶ e da conseqüente necessidade de se estabelecer um seu argumento de validade, capaz de conferir-lhe legitimidade.

A fim de cumprirmos os objetivos estabelecidos para o presente estudo, iniciaremos com uma análise crítica do atual cenário da ciência penal, no qual a política criminal afigura-se como a vertente mais poderosa. Uma vez manifestada nossa antipatia em relação às teses funcionalistas hoje predominantes, falaremos sobre a necessidade de se encontrar um argumento de validade capaz de legitimar a intervenção penal e de limitar as pretensões político-criminais, o que faremos a partir da adesão à compreensão onto-antropológica do Direito Penal desenvolvida por Faria Costa. Finalmente, após algumas breves considerações acerca da relação entre tipicidade e ilicitude, encerraremos abordando a noção de ofensividade e os seus distintos níveis.

1. A síndrome funcionalista e o excessivo predomínio da política criminal: a necessidade de um argumento de validade a frear a Zweckrationalität

A ordem jurídico-penal pode ser estruturada a partir de duas realidades dinâmicas e indissociáveis: o crime e a pena.⁷ Essas realidades dão origem a duas distintas formas de pensar o Direito Penal: de um lado, podemos fundamentá-lo com base nas conseqüências da norma, isto é, na pena; de outro lado, podemos explicá-lo a partir do objeto da norma, ou seja, do ilícito.⁸

Limitemo-nos, por ora, à primeira perspectiva, a qual serve de base às orientações de cunho funcional, cuja feição mais extremada pode ser vislumbrada no funcionalismo-sistêmico de Jakobs,⁹ para quem ao Direito Penal cabe a tarefa de manutenção das expectativas normativas juridicamente fundadas, não havendo, por conseguinte, espaço para a noção de bem jurídico-penal, ou melhor, bem e norma acabam por se fundir num único elemento ou objeto jurídico.¹⁰ Partindo do mesmo radical, ou seja, da pena como elemento estruturante do Direito Penal, podemos surpreender os pensamentos de Roxin¹¹ e de Figueiredo Dias,¹² sensivelmente mais racionais e moderados em comparação à postura de Jakobs, sobretudo em razão de não prescindirem – como regra – da noção de bem jurídico-penal como limite à intervenção punitiva. Tentemos explicar melhor.

Desde V. Liszt, a dogmática penal, a política criminal e a criminologia formam o modelo tripartido denominado *ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal (die gesamte Strafrechtswissenschaft)*.¹³ Se no início as duas últimas podiam ser consideradas ciências auxiliares da primeira, hoje, ao que parece, as coisas são vistas de outra maneira.¹⁴ São perceptíveis a disseminação e o predomínio das orientações de cariz funcionalista no campo do direito.¹⁵ Pensamento que se guia por uma “racionalidade estratégica, não discursiva, orientada por um princípio de otimização na realização de um certo objectivo, em que a escolha da solução ou da acção entre as soluções ou acções possíveis se determina pelos efeitos, lográveis nas circunstâncias, que melhor realizem esse objectivo”.¹⁶

Em termos penais,¹⁷ a crescente absorção de tais orientações talvez explique a hoje costumeira atribuição, à política criminal, de uma “posição de *domínio* e mesmo de *transcendência* face à própria dogmática”.¹⁸ ¹⁹ A legitimação da intervenção penal parece estar se desaparecendo da necessária fundamentação axiológica e se aproximando, cada vez mais, de argumentos funcionais, a exemplo da utilidade social.²⁰ O nosso tempo parece perceber o político como protagonista absoluto e as leis como meros instrumentos disponíveis à realização da sua intencionalidade,²¹ que outra não é senão alcançar a finalidade político-criminalmente estabelecida. Essa, de modo sutil, pode ser expressa na contenção da criminalidade, mantendo-a dentro de níveis socialmente toleráveis,²² ou, dito de modo mais impressivo, o fim último da política criminal é o de “dominar ou, à la limite, o de fazer desaparecer a criminalidade”.²³

É certo, porém, que o Estado, impulsionado por uma racionalidade finalística (*Zweckrationalität*),²⁴ deve elaborar estratégias e definir táticas para alcançar as finalidades que lhe são inerentes²⁵ (no nosso preciso recor-

te, isto é, tratando-se de política criminal, a contenção da criminalidade). De fato, a política criminal é uma atividade cuja “concretização se leva a cabo através de actos intencionados, previamente definidos, que, por seu turno, pressupõem uma racional utilização dos meios adequados à prossecução daqueles objectivos”,²⁶ ainda que este esse último aspecto, o da racional utilização, seja muitas vezes descurado. Nesse contexto, o tipo legal de crime emerge como principal – ou, pelo menos, o mais utilizado – mecanismo ou instrumento para atingir as referidas intencionalidades, uma vez que é inegável que a norma de Direito Penal expressa uma escolha política por meio da qual se pretende proteger um determinado bem jurídico.²⁷

Entretanto, a possibilidade de tipificação de condutas com o intuito de satisfazer interesses ou finalidades político-criminais, como poder que é, detém uma característica própria dos gases, nomeadamente a expansibilidade, de tal modo que é necessário impor limites rígidos ao seu exercício.²⁸ Por outras palavras, como Castanheira Neves precisamente observa, “o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais”.²⁹ Em suma, é imprescindível o encontro de um argumento de validade, de um sentido normativo³⁰ apto a legitimar³¹ a opção política de criminalização.³²

Se bem visualizamos as coisas, um tal limite, um tal argumento de validade não pode ser buscado no seio da própria política criminal, sob pena de condescendermos com uma autolegitimação. Deve, sim, ser buscado no âmbito da normatividade penal. Naturalmente, uma dogmática penal que não pode ser concebida a partir de uma estéril matriz positivista – já que dessa, evidentemente, nada ou pouco de valorativo poderíamos extrair –, calcada em juízos meramente silogístico-formais, mas uma “dogmática penal revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da constituição, ressurgue como lugar, por excelência, de convergência de direitos e garantias fundamentais”.³³

Como bem observa D’Avila, em um Estado Democrático de Direito, “a delimitação do espaço de legitimidade propiciado pela análise normativa deve, necessariamente, preceder a reflexão em termos de adequação e utilidade por parte da política criminal”.³⁴ Em outras palavras, um interesse político-criminal somente poderá ser perseguido se, e somente se, respeitar os limites de legitimidade estabelecidos pela normatividade penal e constitucional.³⁵ Com isso, opera-se o resgate de uma conhecida e importante ideia de V. Liszt – adequada, evidentemente, à realidade da nossa época –, no sentido de que o Direito Penal é a barreira intransponível da

política criminal (*das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*).³⁶ A dogmática penal não é, nesse preciso contexto, apenas “o instrumento prioritário de que se serve a política criminal para o seu derradeiro objectivo (contenção da criminalidade) mas é outrossim o limite insuperável da própria política criminal”.³⁷ Apenas assim, cremos, a *ratio iuris* poderá superar a *ratio legis*.³⁸

Pois bem, uma vez afirmada a necessidade de se fixar um sentido ou limite normativo aos anseios político-criminais, tentemos definir tal limite iluminados por aquela que entendemos ser a forma mais adequada de se compreender o Direito Penal. De forma clara e impressiva: falemos um pouco da compreensão onto-antropológica do Direito Penal e da ofensividade como fundamento material do ilícito-típico.

2. A compreensão onto-antropológica do Direito Penal de Faria Costa: a ofensividade como fundamento material do ilícito-típico

Falávamos sobre a necessidade de se estabelecer um argumento de validade, um sentido normativo que se anteponha às pretensões político-criminais, hoje tão à flor da pele em razão da disseminação das teses funcionalistas. Quanto a nós, adiante-se, tal sentido normativo pode ser vislumbrado na noção de ofensividade. Para que cheguemos a tal conclusão, porém, é necessário que percorramos um sinuoso caminho, cujo trajeto passa, inarredavelmente, pela discussão do fundamento do Direito Penal.

Nesse sentido, vimos que o Direito Penal pode ser estruturado a partir de dois elementos fundamentais – a pena e o crime –, os quais dão origem a duas diferentes formas de pensá-lo. Se no tópico anterior discorreremos sobre a primeira delas, a partir de agora, ao invés, cuidaremos da segunda perspectiva, que, a nosso juízo, é a mais correta e da qual, ademais, pensamos ser possível extrair o tal argumento de validade, capaz de se colocar como pressuposto de legitimidade a ser preenchido por todo e qualquer desejo político-criminal.

Com efeito, se pensarmos a ordem jurídico-penal a partir do crime, estaremos diante das construções de base ontológica, dentre as quais podemos destacar a fundamentação onto-antropológica do Direito Penal formulada por Faria Costa³⁹ e, entre nós, assumidamente adotada por D’Avila.⁴⁰ ⁴¹ Seja-nos permitido sufragar tal compreensão, sobretudo porque, segundo opinião nossa, ela detém o mérito – um deles, é claro – de

reconhecer que “a âncora deve estar no presente”⁴² ou, de forma mais precisa, no passado que se faz presente, isto é, no *passado-presente*, com o que queremos insinuar – para dizer o mínimo – nossa antipatia para com as teorias exclusivamente preventivas⁴³ que permeiam, de um modo geral, as teses funcionalistas, cujo pecado principal, cremos, está no fato de não compreenderem que “o homem e o mundo são mais do que a sua estreita utilidade, e o direito, mais do que uma ordem de otimização das vivências de um mundo funcionalizado”.⁴⁴ Ademais, as posturas consequencialistas incidem em condenável inversão metodológica: ao conferirem caráter proeminente à pena, esquecem-se de que essa somente tem acesso ao mundo jurídico através de uma única entrada, cuja inquebrantável vigília é realizada pela categoria *crime*. Por outras palavras, a pena erigir-se-á como categoria juridicamente relevante se, e somente se, forem preenchidos todos os requisitos próprios da noção de delito.

Trata-se, o Direito Penal de base onto-antropológica, de uma orientação que compreende o “desvalor de resultado como pedra angular do ilícito-típico”⁴⁵ e que, sob uma perspectiva dogmática, “traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos”.⁴⁶ Ilícito-típico que, por conseguinte, não se contenta com o mero preenchimento dos requisitos formais da tipicidade, antes constitui uma categoria dogmática que deve ser materialmente informada pelo requisito da ofensividade.⁴⁷ Deixemos, porém, as considerações dogmáticas temporariamente de lado e voltemo-nos, antes, para um outro ponto.

O direito e, em especial, por ser nosso foco, o direito penal, como ciência essencialmente normativa,⁴⁸ pertence à dimensão do real-construído.⁴⁹ Como tal, não pode constituir um fim em si mesmo, tampouco buscar seus fundamentos ou razão de ser dentro da sua própria realidade, intrasistematicamente, não obstante se tenha tentado fazê-lo com alguma insistência – o funcionalismo sistêmico é prova disso –, o que talvez explique o seu cada vez maior alheamento em relação a outras áreas do saber. Se pensarmos que os fenômenos jurídicos não existem por si mesmos, que não encerram em si a característica da juridicidade, mas que, em realidade, certos fenômenos apenas recebem interpretações jurídico-normativas,⁵⁰ constataremos a bondade do que foi dito e, conseqüentemente, chegaremos à conclusão de que é necessária uma interessada aproximação entre o Direito Penal e outras áreas do saber, em especial, a filosofia, ambiente fértil para o encontro dos fundamentos íntimos da ciência jurídico-penal. Tentemos fazê-lo, pois.

Ao enveredarmos para a dimensão filosófica, veremos que “o Direito Penal encontra a sua razão de ser e o seu fundamento [...] na dimensão onto-antropológica de uma relação de cuidado-de-perigo”,⁵¹ a qual é marcada por uma matriz ontológica, por “um ‘ontologismo social’ de raiz heideggeriana”.⁵² Essa compreensão do Direito Penal, que “pretende também corresponder à ressonância, em âmbito normativo-dogmático, do modo mais íntimo de ser do homem em comunidade”,⁵³ obriga-nos, como dissemos, a uma percepção interessada de um elemento da filosofia, nomeadamente da *Sorge* de Heidegger.⁵⁴

Essa aproximação é possível, como observa Stein, porquanto “Heidegger abre com a fenomenologia existencial, simbolizada com a alegoria da cura, um espaço não metafísico, isto é, uma dimensão posta no espaço reservado pelo encurtamento hermenêutico. As ciências humanas se determinam a partir do cuidado”.⁵⁵ Se bem que não possa resolver-se objetivamente, a questão do ser permite uma vigia de sua manifestação inesgotável, o que pode ser feito a partir de uma leitura interessada do homem como ser-no-mundo, em uma ontologia social qualificada pela construção heideggeriana.⁵⁶

Ao reconhecermos que o fundamento do Direito Penal encontra-se na “primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”,⁵⁷ somos obrigados, por fio de lógica, a perscrutar o sentido do ser e a sua relação com o cuidado, a relação do ser do homem com o cuidado originário (*die Sorge*).⁵⁸ Heidegger explica essa interação por meio da *Fábula de Hígino*,⁵⁹ cuja importância podemos expressar pela seguinte passagem de Stein: “é, portanto, com esta alegoria que Heidegger encerra a apresentação do seu trabalho da analítica existencial: *a definição do estar-aí como cuidado*”.⁶⁰

A fábula com que Heidegger ilustra o cuidado possui uma riqueza de desdobramentos. O Cuidado foi o formador do homem, de modo que constitui a origem do ser do homem. Como D’Avila afirma, “é nas mãos e pelas mãos do Cuidado que o homem alcança o ser-homem, de modo que, por justiça, em uma irremediável vinculação à origem primeira, o Cuidado irá possuí-lo enquanto ele viver”.⁶¹ Todavia, a importância do Cuidado não está na matéria que constitui o ser – isto é, no *humus* que lhe dá o nome –, antes está no ser do ser-aí. Isso explica o porquê da escolha de Saturno, o tempo, para dirimir o conflito: ao impor ao ser a inafastável vinculação ao Cuidado, opera-se o chamamento da historicidade, a que “o ser do ser-aí estará irremediavelmente preso, como ser-para-a-morte”.⁶²

O homem é, portanto, “criatura do Cuidado”.⁶³ Percebida de forma interessada, essa ideia permite o encontro do fundamento do Direito Penal. É bem verdade que o Cuidado de Heidegger constitui uma categoria existencial, o que não o impede de ser percebido como elemento essencial do existir para, a exemplo do que Faria Costa⁶⁴ faz, “buscar a sua dimensão relacional que apenas na pessoa do outro, na relação que a partir do outro se torna possível, ganha sentido”.⁶⁵

De fato, se é verdade que somos seres comunicacionais, “toda a nossa existência, todo o nosso mais profundo modo-de-ser é ser com os outros”,⁶⁶ de sorte que esse cuidado somente encontra o seu sentido no momento em que se projeta no seio das relações sociais. O que demonstra que “é o cuidado para com o ‘outro’ que nos responsabiliza, porque só também por esse acto o ‘meu’ cuidado tem sentido quando se vira sobre si mesmo”.⁶⁷ Ou seja, “a incompletude faz de nós seres frágeis. Seres de cuidado. Seres de cuidado-de-perigo. O ‘eu’, por isso, para ‘ser’, exige o cuidado do ‘outro’”.⁶⁸

Assim, são palavras de Faria Costa: “o cuidado individual, isto é, o cuidado do ‘eu’ sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança,⁶⁹ a ausência de cuidado, a carência de perigo”,⁷⁰ em uma comunidade que se desenvolve, inegavelmente, em meio a perigos de variadas ordens.⁷¹

O cuidado e o perigo são, dessa forma, duas projeções da mesma realidade.⁷² É no perigo e pelo perigo que o cuidado encontra a sua razão de existir, motivo pela o qual o cuidado é, sempre, cuidado-de-perigo.⁷³ No seguimento de Faria Costa, é possível afirmar que “o perigo e o cuidado são uma matriz ontológica do ser-aí-diferente comunitariamente inserido [...], [de tal modo que] o ser-aí-diferente e a comunidade jurídica que lhe subjaz assumem-se (são) como estruturas ontológicas de cuidado-de-perigo”.⁷⁴ Dessa estrutura ontológica, desses entrecruzamentos de aberturas do *eu* para com o *outro* e do *outro* para com o *eu*, é que podemos inferir a existência de uma teia de relacionamentos, de uma teia de cuidados recíprocos.⁷⁵

Isso é verdade. Mas não apenas isso. Dita estrutura ontológica também é capaz de fornecer o próprio fundamento ontológico do Direito Penal, mediante sua ressonância jurídico-normativa. Com efeito, a uma relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo “corresponde, no patamar da dimensão fenomênica, pura e dura, a relação ético-existencial de um ‘eu’ concreto, de carne e osso, que, precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o ‘outro’, cuidar do outro, cuidar de si cuidando o ‘outro’ e cuidan-

do esse cuidar de si”.⁷⁶ Entretanto, tal relação de cuidado admite – aliás, só assim ela tem sentido – rupturas. É precisamente “este lado negativo da relação que constitui o elemento ou segmento fundante para a existência de um crime”.⁷⁷ Em outras palavras, o ilícito penal extrai seu fundamento e é, simultaneamente, a expressão jurídico-penal da “prejudicial oscilação dessa teia de cuidados, [...] da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo”.⁷⁸ Entretanto, não basta qualquer oscilação, pois “a comunidade politicamente organizada só se sente na necessidade de intervir penalmente quando a repercussão socialmente relevante [...] do rompimento da relação de cuidado-de-perigo é tida como insustentável”.⁷⁹ Eis, portanto, a forma como o crime deve ser, materialmente, compreendido.

É nossa tarefa, agora, entender como se dá a transposição desse desvirtuamento da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo para o âmbito jurídico-penal. Nesse sentido, podemos dizer que o Direito Penal constrói-se por meio da resposta legislativa, historicamente situada e legitimada, à ruptura violadora.⁸⁰ Isso nos leva, cremos, à conclusão de que a resposta buscada encontra-se na recepção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.⁸¹ Expliquemos melhor.

Dúvidas não há de que o “cuidar-se reclama a necessidade de uma definição daquilo de que se deve cuidar”.⁸² Essa definição, à luz da compreensão onto-antropológica, é perfeitamente possível, na medida em que o homem, ao abrir-se para com o outro, “vive e sedimenta um conjunto de valores, de bens axiologicamente relevantes e cristalizados na história e pela história, que permitem, agora em linha reversa de fundamentação, a existência do próprio ser comunitário”,⁸³ de sorte que, na nossa interessada perspectiva, o cuidado-de-perigo refere-se, precisamente, a tais valores, ou melhor, “o cuidado objectiva-se na exacta formulação de uma ordem de valores, ou seja, na formulação dos valores que a ordem penal consagra”.⁸⁴ A transgressão de tais valores, convertidos⁸⁵ em bens jurídicos dignos de tutela penal, consubstanciará, conseqüentemente, o ilícito. Por outras palavras, a ofensividade torna-se capaz de evidenciar o atingimento, “intolerável atingimento, reiterar-se, da relação matricial de cuidado-de-perigo”.⁸⁶

Nesse sentido, pois, é que enxergamos na ofensividade potencial para funcionar como sentido normativo, como argumento de validade apto a temperar as pretensões político-criminais de contenção da criminalidade. Por outras palavras, não obstante reconhecemos o importante papel da política criminal no atual cenário da ciência penal, pensamos que ela deve sujeitar-se aos pressupostos de legitimidade estabelecidos pela dogmática,

precisamente o respeito ao requisito da ofensividade. Tentemos detalhar esse requisito, não sem antes tecermos uma ou duas considerações a respeito da sempre polêmica discussão acerca da relação entre tipicidade e ilicitude,⁸⁷ o que permitirá situá-lo de maneira mais inteligível.

3. *Ilicitude versus(?) tipicidade*

A compreensão do Direito Penal como “expressão fragmentária da *ordem de valores* que a *objetivação do cuidado* faz emergir, e cuja insuportável violação é denunciada pelo ilícito”,⁸⁸ traz consigo algumas inarredáveis consequências, entre elas a de que a categoria do ilícito precede, necessariamente, à do tipo.⁸⁹

É voz corrente que o lugar cimeiro na doutrina do crime deve ser ocupado pela categoria da tipicidade,⁹⁰ considerada o primeiro qualificativo da ação.⁹¹ Todavia, uma vez mais ousamos andar na contramão do pensamento reinante, e julgamos que a prioridade sistemática deve, necessariamente – com o perdão da redundância –, caber à categoria da ilicitude. A tipicidade, sem rodeios, constitui “apenas a mostraçã, concretizaçã ou individualizaçã de um sentido de ilicitude em uma espécie do delito”, ou seja, “a ilicitude se apresenta como o verdadeiro fundamento do tipo”,⁹² de tal modo que todo tipo é ilícito-típico ou, o que é o mesmo, tipo de ilícito, na medida em que todo tipo é portador do juízo de desvalor que a ilicitude exprime.⁹³

Assim, se o tipo legal de crime é pura construçã, e se o seu fundamento pode ser encontrado na ilicitude material, na ofensa a um bem jurídico, não é difícil admitir que o ilícito, que a norma incriminadora é o *prius* do qual o penalista deve se utilizar para a construçã dos tipos legais. Daí que os elementos do tipo “são específicos *instrumenta* que o legislador utiliza, seguindo as regras constitucionais de legitimaçã procedimental, para compor e desenhar normativamente o desvalor que o juízo de ilicitude material carrega”.⁹⁴

Registre-se, por fim, que, para o mencionado processo de concretizaçã, o Direito Penal utiliza-se de dois instrumentos divergentes, se bem que complementares: os tipos justificadores e os tipos incriminadores. Os primeiros possuem a funçã de limitar negativamente os tipos incriminadores, de modo que podem ser mais bem compreendidos como contratipos. Os segundos, por seu turno, ligam-se à fundamentaçã do ilícito e, diferentemente dos tipos justificadores, sã portadores do bem jurídico.⁹⁵

4. *A ofensividade e os seus distintos níveis*

Agora sim, pensamos, é possível retomar a questão da ofensividade e, por conseguinte, da exigência de um argumento de validade. Ora, se, como vimos, o tipo é “sedimentação concreta’ ou ‘irradiação’ de um ilícito”,⁹⁶ e se esse, o ilícito, materialmente compreendido, expressa o juízo de desvalor capaz de traduzir uma afetação negativa da própria função do Direito Penal – tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal –,⁹⁷ é forçoso concluir que a todo o tipo incriminador corresponde – ou melhor, deve corresponder – uma ofensa a um bem jurídico-penal. De modo sintético, restritivo e impressivo: “*não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal*”.⁹⁸ Tentemos clarear o que foi dito.

A necessidade de proteção de bens jurídicos pelo Estado⁹⁹ obriga-nos a reconhecer a existência de um “princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito e, ainda, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal”.¹⁰⁰ Desse princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos irradiam dois outros princípios aparentemente contrapostos: o *princípio constitucional de garantia*, representado pela necessária ofensa, e o *princípio constitucional impositivo*, representado pela intervenção penal necessária.¹⁰¹

A ponderação dos princípios da ofensividade e da intervenção penal necessária gera uma zona de tensão capaz de nos oferecer uma “moldura suficientemente clara a partir da qual podemos retirar o que é possível em termos de ofensa e, portanto, jurídico-penalmente tutelável”.¹⁰² No centro dessa moldura, temos a ofensa de dano/violação, que pode chegar à nadi-ficação do bem jurídico, e, no limite máximo de distanciamento do bem jurídico, temos a ofensa de cuidado-de-perigo, própria dos crimes de perigo abstrato, que constitui uma das espécies da ofensa de perigo/violação.¹⁰³

Um tal inteligir nos obriga a perceber o bem jurídico-penal como categoria dinâmica e valorativa, na medida em que permite e, por vezes, reclama a proteção não apenas de seu núcleo físico, mas também do espaço que o circunda, a ponto de possibilitar o “afloramento de figuras normativas representativas das diferentes formas de ofensa”.¹⁰⁴ Essas figuras normativas que protegem espaços prévios à efetiva afetação do bem jurídico podem ser agrupadas sob o gênero *perigo* e, precisamente pela sua natureza, possuem como lugar legítimo de existência não a dimensão do real-verdadeiro, mas a dimensão do real-construído.¹⁰⁵ Em suma, enquanto o dano/violação constitui a “única forma de ofensa capaz, embora não necessariamente, de

manifestar-se de forma sensível na dimensão do real-verdadeiro”, a manifestação do perigo restringe-se, sempre, à dimensão do real-construído.¹⁰⁶

Sendo as coisas realmente assim, pensamos não haver argumentos consistentes que permitam negar a possibilidade de estruturação da ofensividade em diferentes níveis. Com isso, queremos dizer que, ao lado do dano/violação, o perigo/violação – concebido de uma maneira geral, sem nos atermos às suas específicas categorias – tem, sim, seu lugar legítimo no âmbito jurídico-penal. Devemos ter em mente, apenas, que os comportamentos humanos estão inseridos em um sentido de variabilidade histórica, de tal modo que “os segmentos matriciais construtores da comunidade jurídico-penal são eles mesmos determinados pela história que os envolve”.¹⁰⁷ Assim, a preponderância do desvalor de resultado de dano/violação ou a emergência do desvalor de resultado de perigo são “flutuações, não de uma conjuntura histórica acidental mas antes flutuações impregnadas do sentido matricial do cuidado-de-perigo originário”.¹⁰⁸ Busquemos esclarecer o que acabamos de dizer.

É certo que o dano/violação, pela intensidade com que atinge o bem jurídico,¹⁰⁹ sempre ocupará a posição central na fundamentação do ilícito-típico.¹¹⁰ Entretanto, isso não nos impede de perceber o perigo/violação como categoria capaz de expressar uma situação desvaliosa apta a informar o ilícito penal, contanto que ancorada em uma perversão da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Respeitada essa premissa, o legislador, ao considerar que “o pôr-em-perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”,¹¹¹ faz nada mais do que a transposição da primeira relação de cuidado-de-perigo para o campo da normatividade penal, de tal modo que “qualquer desvirtuamento, legalmente definido, daquela relação determina o aparecimento do perigo que o legislador considera ser suficiente para legitimar a cominação de uma pena criminal”.¹¹²

Assim, a despeito da diferença há pouco mencionada, toda e qualquer forma de ofensa, seja de dano/violação ou de perigo/violação, tem – ou, ao menos, deveria ter – sua origem na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Dito de modo mais claro: as diferentes formas de ofensa correspondem à desigual ressonância normativa das diferentes oscilações da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo.¹¹³ Daí o motivo pelo qual pensamos ser possível estruturar a ofensividade, desde que ela seja compreendida, repita-se, como o desvirtuamento da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, em distintos níveis.¹¹⁴

A intensificação e a paralela normalização de atividades arriscadas,¹¹⁵ se bem que necessárias ao desenvolvimento humano, alteraram a percepção

do desvalor de resultado¹¹⁶ e fizeram com que o Direito Penal fosse chamado a regulá-las.¹¹⁷ Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a preponderância de um – dano/violação – e a emergência de outro – perigo – são frutos de diferentes percepções sociais do atingimento da relação matricial de cuidado-de-perigo.¹¹⁸ Daí a correta afirmação de que “os crimes de perigo são (ou, ao menos, devem ser) figuras típicas detentoras de um real desvalor de resultado”.¹¹⁹

Dessa forma, pensamos ter demonstrado aquele que entendemos ser o correto fundamento do Direito Penal: a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. A partir dele, e do reconhecimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, acreditamos ter evidenciado, também, ainda que fugazmente, que, ao lado da ofensa de dano/violação, o perigo/violação possui um lugar legítimo de existência.

5. *Considerações finais*

Uma vez que tenhamos chegado até aqui, cremos ser possível tecer algumas considerações, as quais, advirta-se, não constituem propriamente pontos de chegada, mas novos pontos de partida para ulteriores reflexões.

Vimos que a ordem jurídico-penal pode ser estruturada a partir de dois elementos fundamentais: a pena e o crime. As teses funcionalistas, hoje aparentemente predominantes, são edificadas com base no primeiro elemento, ou melhor, nas suas possíveis funções. Tal estruturação acaba por alçar a política criminal à posição de principal vertente da *ciência conjunta do Direito Penal*, o que tende a deixar o sistema penal sem limites, visto que não se estabelece qualquer óbice ou pressuposto de legitimidade em face das pretensões político-criminais.

À luz de um tal contexto, entendemos ser necessário o estabelecimento de um argumento de validade, de um sentido normativo capaz de condicionar e limitar as estratégias de contenção da criminalidade. Quanto a nós, dito sentido normativo pode ser vislumbrado na noção de ofensividade, desde que essa seja corretamente compreendida a partir daquela que entendemos ser a forma correta de se perceber o direito penal, precisamente a compreensão onto-antropológica formulada por Faria Costa. Essa orientação, que parte de uma interessada percepção da *Sorge* heideggeriana, erige o desvalor de resultado, ou seja, a ofensividade à condição de pedra angular do ilícito-típico.

Isso é possível na medida em que a ordem penal consagra, por intermédio dos tipos de ilícito, determinados valores – preexistentes à norma,

logicamente – socialmente considerados dignos de tutela penal. A violação de tais valores, no modo previsto pelo respectivo tipo penal – lesão ou perigo –, traduz uma específica forma de ofensa, com o que pensamos ter demonstrado a possibilidade de estruturação da ofensividade em diferentes níveis. Devemos lembrar, apenas, à luz de tudo o que foi dito aqui, que, por mais sinceras e bem intencionadas que sejam as pretensões político-criminais, elas sempre terão de respeitar o pressuposto de legitimidade fixado pela noção de ofensividade, sem a qual qualquer incriminação será, inapelavelmente, ilegítima.

6. Notas

¹ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professor da Faculdade de Itapiranga/SC – FAI. Advogado. E-mail: albrecht@albadvogados.adv.br.

² Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Advogada. E-mail: bagatini@albadvogados.adv.br.

³ FARIA COSTA, 2009, p. 37.

⁴ Id., 2005, p. 208.

⁵ Um pensamento que se pretende forte, mas que de modo algum pode ser considerado absoluto ou imutável. Como bem observa Faria Costa, “o direito penal é, nas suas manifestações mais profundas, uma realidade que é *sendo*, que se mostra, em inteireza, como dinâmica” (Id., *ibid.*, p. 222, nota 42), o que não significa, logicamente, que nossa forma de pensar fique à mercê dos ventos da história. O que queremos deixar claro é que jamais nos furtaremos de reconhecer, se assim entendermos necessário, a bondade de um pensamento distinto ou o equívoco do nosso próprio.

⁶ Segundo Faria Costa, essa é “uma época que quer o direito, não como valor e dimensão onto-antropológica do nosso modo de ser individual e colectivo ou, senão quisermos ir tão longe, ao menos como um dado minimamente estável e duradouro da nossa vida colectiva, mas antes como mero instrumento que está ao serviço das mais diferentes estratégias” (Id., 2009., p. 37-8).

⁷ D’AVILA, 2009, p. 45. De acordo com Faria Costa, “o crime e a pena são *essentialia* do nosso viver comunitário,

mas não são absolutos a-históricos. São, como aliás todo o humano, realidades que vivem em mutação constante dentro da própria história e que são por ela moldadas ou conformadas. Afirmam-se como um dado, mas como um dado histórico, de uma história construída e feita por homens e mulheres rodeados da sua concreta e inescapável circunstância” (FARIA COSTA, 2007, p. 15).

⁸ D’AVILA, 2009, p. 45; FARIA COSTA, 2002, p. 9.

⁹ JAKOBS, 1997, *passim*. JAKOBS *et al.*, 2005, p. 31-52.

¹⁰ D’AVILA, 2009, p. 46.

¹¹ ROXIN, 2006, *passim*.

¹² FIGUEIREDO DIAS, 2007, *passim*.

¹³ Id., 2001, p. 6.

¹⁴ Para uma análise evolutiva, se bem que não totalmente de acordo com a nossa forma de ver as coisas, sobretudo no tocante à atual relação entre os três segmentos referidos, ver Id., *ibid.*, p. 3 e seguintes.

¹⁵ Postura que pode ser sintetizada, e daí o risco inerente a qualquer simplificação, na seguinte indagação: “o direito, para que serve?”

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 28. O autor bem observa que “as categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da *performance* (Id., *ibid.*, p. 24).

¹⁷ Exemplificativamente, ROXIN, 2006, *passim*; FIGUEIREDO DIAS, 2007, *passim*; JAKOBS, 1997, *passim*.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 23. O autor acrescenta que “as categorias e os

conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente ‘penetrados’ ou ‘influenciados’ por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados e cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema”. Ademais, a política criminal “torna-se em ciência competente para definir, em último termo, os *limites da punibilidade*” (Id., 2001, p. 23).

¹⁹ A mudança dos holofotes na direção da política criminal e o seu alçamento à condição de ciência protagonista podem ser atribuídos a ROXIN, 2000, *passim*.

²⁰ Parafrazeando Kohlrausch, Figueiredo Dias chega a afirmar que “uma ciência jurídico-penal que nada tenha a oferecer às necessidades correctamente entendidas da política criminal não só se torna em peça decorativa inútil, como é falsa” (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 24). No entanto, de acordo com a nossa forma de ver as coisas, que exporemos em seguida, a forte assertiva *deve* ser reconstruída da seguinte forma: uma política criminal que desrespeita os limites de legitimidade impostos pela dogmática penal deve ser considerada nefasta, teratológica e, conseqüentemente, repudiável.

²¹ CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 16 e seguintes.

²² FARIA COSTA, 2007, p. 77.

²³ Id., 1992, p. 570.

²⁴ Sobre as noções de *racionalidade finalística* (Zweckrationalität) e *racionalidade axiológica* (Wertrationalität), ainda que de forma sucinta, ver CASTANHEIRA NEVES, A., , p. 24 e seguintes. Embora não neguemos – porque seria negar o óbvio – a necessidade de adoção de estratégias e táticas político-criminais, isso não significa que partilhemos de uma compreensão do Direito Penal estabelecida

em uma Zweckrationalität. Com efeito, toda e qualquer pretensão político-criminal jamais pode ser cumprida indiscriminadamente, uma vez que ela sempre está submetida a requisitos de legitimidade, como teremos a oportunidade de explicar pormenorizadamente. De tal modo que “a exacta compreensão da conexão entre a política criminal e o direito penal não está em rejeitar os fins nem os meios para que esses fins se cumpram, está antes em não ceder a que essa forma de inteligir impere e domine na própria compreensão do direito penal” (FARIA COSTA, 1992, p. 570, nota 4). Por outras palavras, “à pura racionalidade opõe-se a axiologia e à eficiência a validade” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 35).

²⁵ FARIA COSTA, 1992, p. 570.

²⁶ Id., *ibid.*, p. 570.

²⁷ Id., 2007, p. 76.

²⁸ Id., *ibid.*, p. 71. Em sentido semelhante, Montesquieu afirma que “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2 ed., Livro Décimo Primeiro. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163 *apud* MOLINA e GOMES, 2007, p. 31).

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 34.

³⁰ Sentido normativo que deve ser compreendido como “justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um” (Id., *ibid.*, p. 34).

³¹ Para uma análise sintética, mas correta, acerca da noção de legitimidade, ver SILVA, 2003, p. 19-28.

³² Faria Costa menciona que, “se nem todas as criminalizações de condutas violadoras de bens jurídicos são legítimas, forçoso é também aceitar, mesmo que só em termos lógico-argumentativos, que nem todos os meios – nesse contexto, isto é, nem todas as técnicas de construção do tipo – merecem o juízo abonatório de incontestada legitimidade” (FARIA COSTA, 1992, p. 571).

³³ D’AVILA, 2009, p. 34-5.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 32.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 33.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 10.

³⁷ FARIA COSTA, 2007, p. 79.

³⁸ CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 39.

³⁹ FARIA COSTA, 1992, *passim*. O autor menciona que “a uma metódica da função preferimos uma metódica que se funda na determinação onto-antropológica de um ‘eu’ frágil que escuta o ‘outro’, sempre guiada pelos sinais de uma hermenêutica jurídico-penalmente empenhada” (Id., 2002, p. 11, nota 11).

⁴⁰ D’AVILA, 2009, p. 45 e seguintes.

⁴¹ É bom esclarecer: não se trata de uma teoria ontológica do Direito Penal, mas de uma teoria de *base* ontológica. Diferentemente do finalismo, para o qual o ontologismo integra o próprio direito, na orientação onto-antropológica, o ontologismo reside *apenas* no fundamento do Direito Penal, como veremos na continuação. O direito, em si, é algo absolutamente construído, logo, não ontológico, embora possa encontrar sua fundamentação na esfera do ser. Para maiores esclarecimentos a respeito da natureza ontológica da categoria *finalidade*, elemento fundamental na construção de Welzel, ver GALLAS, 1959, p. 13 e seguintes.

⁴² FARIA COSTA, 2009, p. 47.

⁴³ Não negamos que a prevenção, sobretudo a geral, seja um dos efeitos do Direito Penal. As normas proibitivas, pela sua natureza, tendem a levar os pretensos criminosos a uma reflexão *ante delictum*, por mínima que seja. Contudo, pensamos que a prevenção seja apenas um efeito reflexivo, secundário, desse mecanismo de controle, conclusão a que chegamos após aderirmos à aludida concepção onto-antropológica do Direito Penal, que tem no passado-presente seu ponto privilegiado.

⁴⁴ D’AVILA, 2009, p. 2-3.

⁴⁵ FARIA COSTA, 2002, p. 12.

⁴⁶ D’AVILA, 2009, p. 46.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 46.

⁴⁸ E o termo normativo, aqui, deve ser compreendido em duas acepções: jurídica e valorativa.

⁴⁹ Sobre as categorias real-verdadeiro e real-construído, ver FARIA COSTA, 1992, p. 316 e seguintes. O autor ainda refere que “se o Direito Penal tem, em muitas circunstâncias, força conformadora para com o real construído, nunca por nunca pode alterar, minimamente que seja, o real verdadeiro” (Id., *ibid.*, p. 391).

⁵⁰ A propósito, veja-se o exemplo fornecido por Faria Costa, em que A mata B em contextos diversos (em legítima defesa, em estado de necessidade, por simples prazer e, por fim, sendo o agente inimputável). Segundo o autor, muito embora o desvalor de resultado seja o mesmo, o fato “não vale em si e por si”, mas está todo ele “envolvido em uma valoração onde se cruzam várias linhas de força axiologicamente relevantes” (Id., 2002, p. 13). Igualmente a corroborar o que dissemos está a afirmação de que “não se podem extrair [...] argumentos materiais de uma

realidade que é em primeira linha e fundamentalmente pura construção, como a que o tipo legal de crime representa” (Id., *ibid.*, p. 15). De fato, o tipo legal de crime, como veremos em seguida, é a simples – embora importante – objetivação do (des)valor de cuidado, que por sua vez decorre da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, ou seja, o fundamento material não se encontra no próprio tipo, mas fora dele, na ilicitude material que lhe é anterior, entendida como necessária ofensa.

⁵¹ Id., *ibid.*, p. 13.

⁵² Id., 1992, p. 248.

⁵³ D’AVILA, 2009, p. 46.

⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 47.

⁵⁵ STEIN, 1990, p. 89.

⁵⁶ D’AVILA, 2009, p. 47.

⁵⁷ FARIA COSTA, 2007, p. 20.

⁵⁸ D’AVILA, 2009, p. 47. Cuidado originário que é também compreendido como verdadeira “tensão expectante de abertura e alerta” (FARIA COSTA, 1992, p. 319), o que pode significar um distanciamento da elaboração heideggeriana, na medida em que se entende que “o cuidado se reflecte, fundamentando-a, na realidade social. Mais. A realidade social determina-se pelo cuidado, cuidado que envolve ontologicamente o real social, cuidado que se identifica com o real social” (Id., *ibid.*, p. 319, nota 82).

⁵⁹ “Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproximou-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar

seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto o Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: ‘Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *húmus*.’” Valemo-nos da tradução de STEIN, 1990, p. 87-8.

⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 87.

⁶¹ D’AVILA, 2009, p. 48. Ou, nas palavras do próprio Heidegger, esse “testemunho pré-ontológico adquire um significado especial não somente pelo fato de ver a ‘cura’ como aquilo a que pertence a presença humana ‘enquanto vive’, mas porque essa primazia da cura emerge no contexto da concepção conhecida em que o homem é apreendido como o composto de corpo e espírito. Cura *prima finxit*: esse ente possui a ‘origem’ de seu ser na cura. Cura *teneat, quamdiu vixerit*: esse ente não é abandonado por essa origem, mas, ao contrário, por ela mantido e dominado enquanto ‘for e estiver no mundo’. O ‘ser-no-mundo’ tem a cunhagem da ‘cura’, na medida do ser” (HEIDEGGER, 2005, p. 264). Em sentido semelhante, Stein refere que “o ente não é desligado desta origem, mas é preso por ela, é por ela perpassado enquanto este ente ‘está no mundo’. O ‘estar-no-mundo’ possui a marca ontológica do ‘Cuidado’” (STEIN, 1990, p. 88).

⁶² D’AVILA, 2009, p. 48.

⁶³ STEIN, 1990, p. 99.

⁶⁴ “Não nos parece, contrariamente ao que defende José Enes, que o facto de Heidegger entender a *Sorge* como uma categoria existencial, isso a impeça de ser percebida como peça essencial do *ek-sistir*. Por certo que o ‘cuidado constitui o modo dinâmico do ser que pensa’. Também por inteiro vai o nosso acordo ao reflectir-se que ‘o mundo, onde ser-se é o cuidar-se do ser que se é sendo-se em acção de ser-se, não se ergue, por isso mesmo, em mundo armado pelo jogo da concitação do quarteto à compreensão mundanal. Trava-se, antes, em um mundo de seres ligados pelo agir recíproco por que todos são no com-ser em acção de com-ser-se’. Porém, o que se reafirma, em nosso entender, não vai contra a *Sorge* de tonalidade heideggeriana. Esta, se bem que vocacionada por um primado originário da existência, é também estrutura relacional que só das e nas relações dos outros pode ter sentido” (FARIA COSTA, 1992, p. 250, nota 87).

⁶⁵ Segundo Faria Costa, “esta [existência] só tem verdadeiramente sentido se aquele cuidado se não estiolar na contemplação narcísica de um <<eu>> fora da história. A <<*Sorge*>> é transposição da <<minha>> inquietação originária que se quer ver aplacada na solidariedade de todos” (Id., *ibid.*, p. 249-50).

⁶⁶ Id., 2002, p. 16.

⁶⁷ Id., 1992, p. 381. Daí a interessante afirmação de D’Avila, no sentido de que “ser-se é, assim, cuidar-se, mas é também ser-se-com e, portanto, nessa abertura do ser para com o outro, cuidar-se é cuidar também do outro, como expressão elementar do ser-no-mundo que, sendo, projeta-se, em sua fragilidade, no outro, e cuidando-se, no cuidado-para-com-o-outro. A acção de ser-se-no-mundo, que é sempre uma acção de ser-se-com, atrai o

ser-aí em uma teia de relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consistência ao ser comunitário” (D’AVILA, 2009, p. 48-9).

⁶⁸ FARIA COSTA, 2005, p. 224.

⁶⁹ O termo seguro advém “do latim *securus*, forma adjectiva composta do prefixo *se* (de sentido privativo, tal como a proposição arcaica sua homógrafa *se*, ‘sem’) e de *cura*, <<cuidado>>, <<preocupação>>. Diz-se, pois, *seguro* (tal como se dizia *securus*) todo aquele que está isento de cuidados, de preocupações, porque em situação de segurança; que está, em suma, livre de perigo” (Id., 1992, p. 249, nota 85).

⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 319. “Porque se é necessariamente frágil e vulnerável é que o ser apela aos cuidados dos outros, estabelecendo-se, também por esta via, uma relação de cuidado-de-perigo dos <<outros>> para com o <<eu>>. Por outras palavras ainda: é a nossa condição de seres irremediavelmente frágeis e insustentavelmente vulneráveis que gera matricialmente os cuidados-de-perigo dos <<outros>> para com o <<eu>>” (Id., 2005, p. 398-9).

⁷¹ D’AVILA, 2009, p. 49

⁷² Segundo Faria Costa, “é nossa firme convicção que o perigo e o cuidado são duas projecções de uma mesma realidade. Em termos intencionalmente simplistas diremos que não é possível conceber o perigo sem o cuidado, da mesma forma que ao cuidado anda sempre associado um qualquer perigo” (FARIA COSTA, 2005, p. 327).

⁷³ D’AVILA, 2009, p. 49. “Já vimos que a comunidade (jurídica) se assume e se assumiu sempre como uma comunidade de cuidados. Cuidado do ser-aí-diferente para consigo mesmo e para com os outros e ainda o cuidado do ser-todos para com os particulares e únicos seres-aí-di-

ferentes. Porém, a comunidade jurídica é uma comunidade de cuidados porque lhe pertence também a qualidade de ser uma comunidade de perigos. O ser-aí-diferente, desde o instante originário da passividade desperta é um ser confrontado com perigos e que tende inapelavelmente para a morte, a qual é o centro e vértice, no imaginário primitivo e não só, de todos os males e de todos os perigos. Daí que a comunidade jurídica se caracterize também, ontologicamente, como comunidade de perigos em cuja tensão superadora se inserem os cuidados” (FARIA COSTA, 1992, p. 327).

⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 327.

⁷⁵ D’AVILA, 2009, p. 49. Segundo Faria Costa, “a segurança, a <<minha>> segurança, passa pela abertura solidária com que <<eu>> me <<seguro>> com os outros e pelos outros. O étimo fundante da segurança está, por consequência, em uma ideia de pluralidade, de teia plural, de ramificações dialógicas em que o <<ter>> é presença mas em que o <<ser social>> é presença redobrada. Redobro consistente, porque o ser-aí-diferente é, a um tempo, manifestação da individualidade que o <<ter>> desencadeia, mas também sociabilidade que esse mesmo <<ter>> não pode deixar de pressupor” (FARIA COSTA, 1992, p. 249).

⁷⁶ FARIA COSTA, 2005, p. 223-4. De forma gráfica: “tu ‘deves’ não só porque ‘eu devo’ mas ‘tu deves’, sobretudo, porque ‘eu’, enquanto outro, também ‘devo’ (Id., *ibid.*, p. 77).

⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 224.

⁷⁸ D’AVILA, 2009, p. 49. Do que decorre que “quer o fundamento do direito penal, quer o fundamento de uma das suas categorias essenciais, o crime – a outra é a pena – encontram o seu étimo mais profundo em um critério, não idealista ou

formal, mas antes naquele que se reflecte em determinações materiais que a linha de compreensão onto-antropológica tão bem expressa” (FARIA COSTA, 2007, p. 20).

⁷⁹ Id., 2002, p. 13. Por isso é que não procede a crítica de que pensar ontologicamente significa pensar de modo a-histórico. Todo o oposto. Com efeito, se a intervenção penal submete-se à intolerância da comunidade politicamente organizada ao desvalor de cuidado, e se aceitarmos – o que pensamos ser indiscutível – que esse *nível de tolerância* varia de acordo com a época em que vivemos, então dúvidas não há de que “quando convocamos a figuração onto-antropológica estamos a conceber a historicidade como sua trave-mestra” (Id., 2005, p. 222).

⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 223.

⁸¹ “Uma tal concepção onto-antropológica do direito penal, percebida e recepcionada juridicamente através do *modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais*, não só, vale reiterar, atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura dogmática do crime, eis que portador, por excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para além da intencionalidade normativa, também a própria função do direito penal, como propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico” (D’AVILA, 2009, p. 50-1).

⁸² FARIA COSTA, 1992, p. 251.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 626.

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 251. Por outras palavras, podemos dizer que “o ordenamento jurídico-penal é uma teia relacional de cuidados-de-perigo, mediatizados pela história, e que os diferentes ilícito-típicos consubstanciam, directa ou indirectamente, especiais cuidados-de-perigo” (Id., *ibid.*, p. 388).

⁸⁵ Conversão que depende do preenchimento dos requisitos de legitimidade. De forma detalhada, FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 43 e seguintes.

⁸⁶ D'AVILA, 2009, p. 50. Esse ideário revela nada mais que “uma leitura firme e plural do exacto sentido daquilo que defende um direito penal liberal-social” (FARIA COSTA, 2002, p. 12).

⁸⁷ Pausa para um necessário esclarecimento. A polêmica a que nos reportamos não pode ser confundida com a discussão acerca do modo como deve ser compreendido o tipo, isto é, se como *tipo indiciador* da ilicitude (*Indiztatbestand*) ou como *tipo total* (*Gesamtatbestand*), nos moldes da teoria dos elementos negativos do tipo. Essa divergência descura do essencial, na medida em que ambas as compreensões concebem o tipo como substantivo (*prius*) e a ilicitude como predicado (*posterius*). Essencial que traduz – e é a essa polêmica que nos referíamos –, logicamente, o ponto nevrálgico da questão, que reside em saber qual categoria detém a prioridade na construção do sistema, se a tipicidade ou a ilicitude. Quanto a nós, como explicaremos na continuação, a prioridade não pode deixar de pertencer à categoria do *ilícito*. Assim, e também acerca da mencionada confusão, ver D'AVILA, 2005, p. 41, nota 5; FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 265 e seguintes.

⁸⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Op. cit.* [n. 7], p. 50.

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 223. Na continuação, falaremos com maior vagar acerca da prioridade da ilicitude em face da tipicidade.

⁹⁰ Nesse sentido, de modo meramente exemplificativo, ver Roxin (2006, p. 218 e seguintes. e 277 e seguintes) e Welzel (2009, p. 51 e seguintes; 1997, p. 57 e seguintes). Por seu turno, Cadoppi e

Veneziani afirmam que “a tipicidade é o primeiro dos elementos do crime” (CADOPPI e VENEZIANI, 2004, p. 169).

⁹¹ Para um panorama sobre as diversas teorias da ação e acerca da necessidade de renúncia a um tal conceito pré-típico de ação em favor da adoção da categoria da *realização típica*, ver D'AVILA, 2002, p. 5-29.

⁹² FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 285 e 268, respectivamente.

⁹³ Em sentido semelhante, FARIA COSTA, 2002, p. 15-6.

⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 15-6.

⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 269.

⁹⁶ Id., 2001, p. 223.

⁹⁷ Segundo D'Avila, “toda tipificação penal é, em realidade, se bem a vemos, o resultado de uma ponderação de princípios na qual o direito fundamental à liberdade encontra-se sopesado com interesses outros, que segundo o legislador, carecem da tutela jurídico-penal” (D'AVILA, 2005, p. 71).

⁹⁸ D'AVILA, 2009, p. 51. Com o que podemos concluir pela necessidade de dois momentos de valoração para a aceitação de um tipo de ilícito em matéria penal. Com efeito, para além da existência de um bem jurídico-penal como objeto de tutela pela norma, é necessário, em um segundo momento, verificar se esse bem foi ofendido, “como resultado (jurídico) da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma” (Id., *ibid.*, p. 54).

⁹⁹ Sobre a existência de um princípio constitucional impositivo de tutela, derivada do princípio do Estado de Direito, que tem por proposição o estabelecimento de uma *ordem de paz* garantida pelo ordenamento jurídico, ver D'AVILA, 2005, p. 65 e seguintes.

¹⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 65.

¹⁰¹ Id., *ibid.*, p. 66.

¹⁰² Id., *ibid.*, p. 89.

¹⁰³ Id., *ibid.*, p. 89.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 90. Nesse sentido, Faria Costa afirma que “o bem jurídico seria, nesta ordem de aproximação teórico-analítica, uma entidade que comportaria várias zonas periféricas susceptíveis de protecção. Haveria, assim, um núcleo central, o chamado núcleo duro do bem jurídico, que conteria, ainda, em seu redor, uma zona de protecção que constituiria a parte intrínseca do próprio bem jurídico. De jeito que, qualquer ataque de violação a essa zona antecipada de protecção, a esse Vorfeld protectivo, constituiria uma violação de perigo, enquanto que, se o ataque atingisse o cerne do próprio bem jurídico, estaríamos perante uma violação de dano” (FARIA COSTA, 1992, p. 410).

¹⁰⁵ De acordo com Faria Costa, o perigo é “um real construído ao nível do direito – e é nesta dimensão, frise-se, que o percebemos como categoria normativa – que em atitude reversa vai servir de centro gerador de normatividade, na medida em que, arrancando dele, se pode fazer um juízo de imputação. Por outras palavras: o Direito Penal considera que há situações – apreensíveis em termos de intersubjectividades que na sua contextualidade não pode deixar de ser consideradas como normativamente objectivas – que, não alterando efectivamente o real verdadeiro, alteram pelo menos o real construído e, por isso, podem ser centro de imputação de responsabilidade penal” (Id., *ibid.*, p. 563-4).

¹⁰⁶ D’AVILA, 2005, p. 94. Faria Costa observa que “a alteração do real verdadeiro é a <<alteração>> do bem jurídico e não a mutação do mundo circundante.

[...] O real verdadeiro que convocamos é o próprio bem jurídico” (FARIA COSTA, 1992, p. 565, nota 187). É também por isso que o perigo se perfila como um conceito normativo.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 623.

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 624.

¹⁰⁹ Não nos esqueçamos de que a ofensa de dano/violação é a única capaz de se manifestar, embora nem sempre isso ocorra, na dimensão do real-verdadeiro e, mais do que isso, é a única capaz de causar o aniquilamento do bem jurídico (D’AVILA, 2005, p. 94). Ilustremos com um exemplo referente ao bem jurídico vida. O valor da vida, atrelado que está à materialidade, é inconcebível sem o respectivo *corpus*. Porém, como bem observa Faria Costa, “se a cristalização do valor coincide, neste caso, com a exigência de uma res extensa, a ofensa ao bem jurídico da vida passa, em juízo de necessidade, pela ofensa a essa unidade normativa e material-intencional que a vida representa” (FARIA COSTA, 1992, p. 628-9), de modo que fica fácil compreender o que se quer expressar com nadiificação ou aniquilamento do bem jurídico.

¹¹⁰ D’AVILA, 2005, p. 93.

¹¹¹ FARIA COSTA, 1992, p. 623.

¹¹² Id., *ibid.*, p. 623. Por essa exata razão é que consideramos o ilícito-típico o verdadeiro portador do juízo de desvalor que a ilicitude exprime.

¹¹³ Nas palavras de Faria Costa, “o ponto essencial radica, do mesmo modo, em um étimo fundante – a relação comunicacional entre homens – que, ao ascender ao mundo da normatividade penal, transforma aquela primitiva relação, sem lhe alterar a essência, em comunicação destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo” (Id., *ibid.*, p. 423).

¹¹⁴ Como tivemos a oportunidade de referir, ainda que fugazmente, em apartado anterior, “a descrição típico-formal da ruptura dessa relação originária pode adquirir formas historicamente variáveis, não só por mor das técnicas de incriminação utilizadas, como também por força dos bens jurídicos protegidos” (Id., *ibid.*, p. 398).

¹¹⁵ Compreendendo a evolução tecnológica como um dos principais fatores para a expansão dos crimes de perigo, ver FIANDACA, 2006, p. 211 e seguintes; e MANTOVANI, 2002, p. 92 e seguintes.

¹¹⁶ A propósito, Demuth, partidário de uma noção substantivada de perigo, compreende a *sensação de desvalor (Unwertempfindung)* experimentada pela comunidade como um elemento importante na percepção do necessário desvalor de resultado dos crimes de perigo (DEMUTH, 1980, p. 193).

¹¹⁷ De fato, “a ruptura que a técnica [...] veio trazer ao seio do próprio tecido social determinou novos arranjos e rearranjos das relações sociais e, consequencialmente, o direito foi chamado a regular todo um conjunto novo de situações-tipo” (FARIA COSTA, 1992, p. 340-1). Em sentido semelhante, Marinucci e Dolcini entendem que, em homenagem ao princípio da ofensividade, o Direito Penal deve garantir não apenas a integridade do bem jurídico, seja individual ou coletivo, mas também a segurança de sua fruição (MARINUCCI e DOLCINI, 2001, p. 560-4).

¹¹⁸ Com precisão, Faria Costa sustenta que “o pôr em perigo não será, neste sentido, a segunda figura a aparecer na ribalta da compreensão do comportamento ilicitamente típico mas deverá ser entendido como uma das personagens marcantes, ao lado da violação, para a exacta e normativamente correcta equa-

ção dos problemas que o ilícito típico põe aos penalistas do nosso tempo” (FARIA COSTA, 1996, p. 58). Por isso é que, “se o eixo do ilícito típico se não deslocou da violação para o pôr em perigo [...] é, quanto a nós, indiscutível que a compreensão do ilícito típico gravita, agora, quantas vezes descentradamente, em dois eixos (o pôr em perigo e a violação) que, como bem se entenderá, nem sequer são paralelos, nem muito menos giram ao mesmo ritmo” (Id., *ibid.*, p. 58-9).

¹¹⁹ D’AVILA, 2005, p. 94.

7. Referências Bibliográficas

CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale: parte generale*. 2 ed. Verona: Cedam, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o <<legislador>>, a <<sociedade>> e o <<juiz>> ou entre <<sistema>>, <<função>> e <<problema>> – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 1998.

D’AVILA, Fabio Roberto. A ação como conceito compreensivo de agir e omitir: linhas críticas ao conceito de ação como *Oberbegriff*. *Revista de Direito Penal*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2002, v. 1, n. 2.

-----, Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

-----, Direito Penal, literatura e representações. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim*, 2009.

-----, Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como

- ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto e SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius (orgs.). Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT e Coimbra, 2006.
- DEMUTH, Heinrich. Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980.
- FARIA COSTA, José Francisco de. O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992.
- , Tentativa e dolo eventual: ou da relevância da negação em direito penal. Coimbra: Coimbra, 1996.
- , Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial). Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra, jan./mar. de 2002, ano 12, n. 1.
- , Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005.
- , Noções fundamentais de direito penal (*Fragmenta Iuris Poenalis*): introdução. Coimbra: Coimbra, 2007.
- , Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nov./dez. 2009, ano 17, n. 81.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Derecho Penal: parte general. Trad. Luis Fernando Niño. Bogotá: Temis, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.
- , Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: RT, 2007, Tomo I.
- GALLAS, Wilhelm. La teoria del delito en su momento actual. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo: parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. Revista Latinoamericana de Derecho, jan./dez. 2008, ano V, n. 9-10. Disponível em: www.juridicas.unam.mx. Acesso em: 6 maio 2009.
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther et al. Direito Penal e Funcionalismo. CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Corso di Diritto Penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, 3 ed. Milano: Giuffrè, 2001, vol. 1.

- MOLINA, Antonio García-Pablos e GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*, São Paulo: RT, 2007, v. 2.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, 2000.
- . *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, Tomo I.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: RT, 2003.
- STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 11 ed. e 4. ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- . *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 2 ed. revista da tradução. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2009.



O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MEIO DE AUFERIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS

Rodrigo de Moraes Pinheiro Chaves¹

O tema do acesso à justiça sempre foi recorrente na doutrina processual. Capeletti provocou uma mudança paradigmática ao enfatizar o pensamento de que o conceito de acesso à justiça deve ser o de atribuir ao indivíduo a possibilidade de acesso à jurisdição, a uma resposta do Estado no sentido de pôr fim ao litígio e não no sentido da simples possibilidade de acesso ao equipamento judiciário.

A grande preocupação de Capeletti e de Garth residia na densidade da efetivação da justiça. Logicamente, o conceito de justo demanda uma carga valorativa elevada e a parte que restar vencida em uma demanda judicial dificilmente acreditará que lhe foi feita justiça. O conceito de justiça que trabalhamos é o de uma resposta estatal capaz de estabilizar as relações sociais e fundamentar sua decisão nos critérios de racionalidade previamente estabelecidos.

Desse modo, o que se vislumbra nas ideias do professor italiano e seu colega norte-americano é que, sempre que o Judiciário for chamado a resolver uma demanda, principalmente nas hipóteses em que houver disparidade de forças, deve o Estado prover-se de mecanismos, institutos, méto-

dos e procedimentos que permitam uma resposta célere, capaz de garantir a utilidade da decisão.

A obra de Capeletti é precisa em desvendar os mecanismos históricos de efetivação da atuação estatal para solução dos litígios, o que chamou de ondas de acesso à justiça.²

A conhecida obra do professor italiano descreve as tentativas históricas de desenvolvimento da atividade jurisdicional, apresentando o que se denomina primeira onda de acesso à justiça como a criação de meios que proporcionassem aos pobres a litigância em juízo por meio do pagamento dos honorários dos advogados particulares ou mesmo da criação de órgãos estatais para prestação de assistência judiciária aos necessitados economicamente.

Outro ponto, presente na obra de Capeletti, de estrangulamento do acesso à justiça é a dificuldade de se obter uma prestação jurisdicional no que se refere aos interesses difusos e coletivos, seja em virtude das dificuldades de se estabelecer a legitimidade ativa do titular da ação, seja em virtude da dificuldade de estabelecer um retorno pecuniário ao autor ou advogado que patrocine a ação.

Modificações nos conceitos de citação e parte legitimada foram essenciais para a superação desse obstáculo, com a adoção de meios que permitissem que grupos e associações ingressassem em juízo, bem como a criação de órgãos estatais de controle nas áreas onde esses interesses se encontram evidenciados – como o consumo e o meio ambiente representaram progressos que permitiram que tais dificuldades começassem a ser superadas.

Capeletti aponta como terceira onda de acesso à justiça, ou como uma terceira etapa de criação de mecanismos para a efetivação do acesso à justiça, a necessidade de tornar efetivos e exequíveis os avanços já obtidos com as duas ondas anteriores.

Cuida-se nesse momento de buscar procedimento, instituições e mecanismos não apenas processuais, mas também preventivos de litígios nas modernas sociedades. Os olhares dos estudiosos do acesso à justiça direcionam-se agora à necessidade de se produzir reformas legislativas para estabelecer diferenciações de procedimentos para distintas espécies de litígios, modificações nas regras de competências dos tribunais, introdução de mecanismos extra ou parajudiciais de solução ou mesmo prevenção de litígios.

Voltam-se os olhos ao processo, seus ritos e procedimentos, tempo de duração e se propõe uma macrorreforma que busque provocar uma alte-

ração sistêmica na processualística, de forma a adequar causas complexas com ritos delongados, causas simples com procedimentos enxutos, e assim por diante.

Não há dúvidas de que o surgimento dos Juizados Especiais e da Lei de Arbitragem são os exemplos mais palpáveis da terceira onda de acesso à justiça, no sentido de buscar uma resolução judicial mais célere ou mesmo o final do litígio por outro órgão que não o Judiciário, desafogando o trabalho desse para outros temas mais complexos.

No caso da arbitragem, sua adoção como elemento de pacificação social consubstancia a efetiva demonstração de que o Judiciário já não atende, de forma eficaz, à demanda de litígios e conflitos sociais não resolvidos entre as partes.

A convenção de arbitragem, dentro dos limites em que a lei estabelece, muito embora inaplicável às relações tributárias, finda por permitir que as partes elejam um terceiro, muitas vezes mais afeto às questões inerentes ao tema debatido, permitindo que a decisão seja mais técnica do que jurídica e verdadeiramente até alcance uma maior adequação às possibilidades materiais dos envolvidos.

Nesse esteio é que direcionamos nossa preocupação a um momento anterior ao trabalhado pela maioria dos autores dedicados ao tema do acesso à justiça. Nosso foco de análise está em um momento anterior à apreciação pelo Judiciário, mas na possibilidade dos próprios entes envolvidos, mormente no que concerne aos litígios envolvendo a administração pública.

Nesse contexto é que se insere a busca de soluções para a prevenção de litígios entre o particular e a administração pública, ou mesmo que tais litígios sejam sanados ainda no âmbito da administração. É fora de qualquer dúvida que a administração pública é a mais frequente litigante nos tribunais pátrios, principalmente no que se refere às demandas que envolvam ingresso de receitas aos cofres públicos, sempre às voltas com insurgências dos particulares questionando a legitimidade de seus atos quando restringem ou suprimem seus direitos, ou até mesmo em caso de aplicação de penalidades.

Evidencia-se a necessidade de um meio eficaz de controle preventivo dos atos administrativos, como forma de permitir ao administrado, ainda em sede de aperfeiçoamento do ato administrativo, controlar sua adequação aos limites do sistema jurídico.

Deve-se, nesse momento, estabelecer que a expressão acesso à justiça deve ser entendida não como o acesso à jurisdição, na medida em que essa é

função reservada apenas ao Judiciário, nem como acesso ao provimento jurisdicional, mas sim como o direito do indivíduo a uma justa atuação do Estado no seu relacionamento com o particular.

É, a nosso sentir, decorrência lógica da terceira onda do acesso à justiça, conforme exposto por Capeletti, que os esforços de obtenção do justo se voltem para o momento pré-processual, propriamente de produção do ato jurídico, mormente nas relações do Estado com o indivíduo, devendo esse ser portador de meios que permitam exigir uma escorreita atuação daquele.

Marcelo Martins Altoé destaca que o conceito de acesso à justiça já não deve mais ser compreendido apenas no acesso à jurisdição, entendida essa como a atividade de solução de litígios desenvolvida pelo Judiciário, mas também compreende a tutela das leis pelo Legislativo e a tutela da administração prestada pelo Executivo.³

Nesse ponto é que se evidencia o papel de extremo relevo do processo administrativo como meio de controle e acertamento conferido ao particular das ilegitimidades possivelmente existentes no decorrer dos atos da administração pública.

Desde o surgimento da modernidade é que a vontade do Estado deixa de se confundir com a vontade do governante e passa a se evidenciar pela vontade da lei. No estágio atual de estruturação estatal, a vontade expressa na lei representa o produto da deliberação daqueles que receberam expressa permissão do povo para lá representá-los, pelo que se evidencia que o texto da lei representa a expressão da vontade da maioria estabelecida por meio de um procedimento democrático.

Vê-se então que a atuação do Estado dentro dos limites da lei representa, na verdade, a atuação de acordo com a vontade do povo estabelecida por meio de um procedimento democraticamente estabelecido.

A grande modificação paradigmática implementada com o Estado de Direito reside justamente na necessidade de adequação da atuação estatal com o novo limite de manifestação de sua vontade: a lei.

Desde o surgimento do Estado moderno, a atuação administrativa passa a guiar suas atividades nos estritos limites preconizados pelos documentos legislativos produzidos pelos representantes do povo. Esses documentos legislativos, a lei, representam hoje o substrato de que o aplicador do direito retirará, por meio do processo de interpretação, a norma jurídica que ditará a atuação do Estado, sendo vedada a manifestação estatal afastada desses limites normativos.

O ponto nuclear da mudança dessa concepção estatal surgida com a Modernidade reside exatamente na necessidade de pôr freios a determinados excessos na atuação do Estado em direção ao particular, principalmente em áreas onde em muito se evidencia a invasão no patrimônio desse, como é o caso das relações jurídico-tributárias.

A fixação da lei, fruto dos intensos debates promovidos pelos representantes do povo, eleitos por procedimento democrático, como marco limitador da atuação arrecadatória do Estado, vem para direcionar ao particular um ambiente de segurança e certeza na constituição das relações jurídicas e durabilidade dos efeitos delas decorrentes.

Ocorre que, em determinadas ocasiões, quando de sua atuação junto ao particular, a administração pública ultrapassa os limites da legalidade, desviando-se da pauta de condutas previamente estabelecidas como elemento norteador de suas ações. Nesses casos, o ato jurídico administrativo surge em descompasso com os parâmetros legais, afastando-se dos padrões de validade impostos pelo sistema jurídico.

A atuação do Estado ao alvedrio dos limites da legalidade, tão incisivamente inserida em nosso sistema jurídico, principalmente no que se refere às relações tributárias, manifesta evidente arbítrio estatal em plena desconformidade com os valores advindos dos movimentos democráticos de transformação surgidos com o racionalismo.

Não se trata aqui de amarrar a atuação do Estado ao limite da literalidade da lei como pretendiam os dogmáticos da escola da exegese, fruto do racionalismo jurídico do século XIX, mas sim de se estabelecer o critério jurídico de atuação estatal, que, se não reside na literalidade da lei, é encontrado na prescrição normativa que tem na lei o seu substrato.

É bem evidente que o modo de conceber o direito dentro de um paradigma racionalista extremamente apegado ao dogmatismo em muito se afasta do ideal pretendido pelo Estado com a instituição de um sistema jurídico e não consegue alcançar o ideal de justiça e equidade tão pretendido pelos juristas de nosso tempo. O Direito Administrativo passa então a ser concebido de forma plenamente, com uma verdadeira inversão de paradigma.

Alan Boyle⁴ destaca que as concepções das relações jurídico-administrativas dentro do estado pós-moderno reforçam a ideia de que tal ramo do direito serviria para submeter os direitos privados e as liberdades individuais dentro de uma visão negativa do Estado, típica do racionalismo

moderno, para aproximar-se de uma posição do Estado como protetor, garantidor e responsável pelo surgimento de direitos dos particulares, utilizando-se das normas de Direito Administrativo como o veículo normativo utilizado pelo Estado para alcançar esses fins.

Surge o processo administrativo como meio conferido ao particular de se proteger contra as arbitrariedades do agente público, quer dizer, contra possíveis atuações desse afastadas das possibilidades democraticamente estabelecidas na lei.

O limite estabelecido pela legalidade se revela como elemento indissociável ao modelo estatal moderno, definindo os limites da sua atuação e conferindo aos indivíduos os mecanismos necessários à proteção daqueles direitos contra os quais nem o Estado pode se voltar.

Dentro do modelo atual de concepção do Estado, para diversos autores já em um estágio posterior à Modernidade, essa legalidade deve ser afastada do conteúdo dogmático e literal do texto legal para ser compreendida como o resultado do procedimento hermenêutico de obtenção da vontade estatal na busca do justo, partindo-se do texto da lei, mas apoiado em parâmetros valorativos que se amoldam proporcionalmente em adequação ao caso em análise.

As normas jurídicas de índole processual revestem-se como meios hábeis de auferição do acerto do ato jurídico administrativo com os limites da previsão legal, representando importante instrumento posto à disposição do particular como expressão de suas garantias fundamentais.

A constituição defere ao particular um meio de garantir a conformidade da produção dos atos de imposição tributária aos limites e condições estabelecidas nas pautas legislativas, afastando a atividade arrecadatória do Estado de qualquer viés autoritário.

Nosso sistema jurídico eleva à condição de direito fundamental a possibilidade de se insurgir, tanto na esfera judicial quanto administrativa, contra os atos administrativos reputados por incompatíveis com os limites legais, determinando ainda que esse direito de exigir a adequação do ato estatal se dê de forma plena mediante um procedimento previamente estabelecido e que deve ser fielmente observado, além da necessidade de se conferir a possibilidade das partes, tanto o particular como o Estado, de apresentarem suas razões expondo os meios de prova que entenderem necessários.

Como mencionado por Marinoni, “a fundamentalidade material parte da premissa de que os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura

do Estado e da sociedade”.⁵ Temos então que o direito à prestação estatal de prevenir e solucionar litígios, principalmente nas relações em que esteja envolvida a administração pública alcança foros de fundamento da estrutura do próprio Estado e conseqüentemente da própria sociedade.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁶ apresentam importante definição dos direitos fundamentais com nítida evidência de seu caráter finalístico no sentido de estabelecer limitações à atuação do Estado:

Os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Observe-se que o conceito introduzido revela a concepção de direitos fundamentais como instrumentos garantidores e reveladores de liberdades públicas dos indivíduos em face da atuação do Estado.

No campo das relações tributárias, a atenção aos parâmetros introduzidos pelos direitos fundamentais ganha maior importância na medida em que tais relações implicam a necessária diminuição do patrimônio, da riqueza manifestada pelo particular.

Desse modo, uma série de garantias fundamentais conjugam-se para garantir o escorreito surgimento das relações jurídicas, como a legalidade, o não confisco, a anterioridade e o foco do nosso estudo, o devido processo legal administrativo.

Ao estabelecer que o Estado tem a possibilidade de exercer o controle de legalidade dos seus atos, a constituição defere ao particular a garantia de opor suas razões contra eventuais atos administrativos que transbordem dos limites legislativos.

Ao tecer comentários sobre o Decreto n. 70.355/72 que institui o processo administrativo fiscal, Maria Tereza Martínez López e Marcela Cheffer Bianchini destacam que “a administração atua na prevenção e solução de conflitos de caráter administrativo fiscal”.⁷

Evidencia-se, desde logo, que direcionamos ao sistema de normas processuais, papel de extremo relevo nas relações administrativas posto que são responsáveis pelo correto surgimento das relações jurídico-materiais.

Quando mencionamos que cabe às normas processuais o papel de estabelecer o contorno das relações jurídico-materiais, não queremos com isso

afirmar que exista uma relação de subordinação entre as normas de direito material e de direito processual, mas de verdadeira coordenação.

A autonomia das normas processuais não deve implicar sua dissociação das normas materiais. Conforme exposto por Marinoni, a autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença.⁸

Ainda de Marinoni, retiramos o pensamento de que o isolamento do Direito Processual do Direito Material iria implicar a desconsideração da razão de ser do processo que deve ser pensado à luz da realidade social e do papel que esse desempenha na sociedade.⁹

Com isso, queremos apresentar a ideia de um sistema de normas processuais com a finalidade de operacionalizar a função estatal de prevenção e solução de litígios.

Devemos cuidar de estabelecer, de forma clara, o que entendemos por processo administrativo e quando esse se faz presente. Não se pode aqui confundir-se o processo administrativo com o procedimento administrativo, esse entendido como a sucessão de atos realizados pela administração para a obtenção de um determinado fim e aquele, como o encadeamento de atos dirigidos à solução ou mesmo prevenção de um litígio.

Pode-se estabelecer então que a distinção entre processo e procedimento se evidencia sob o prisma teleológico de que aquele tem o mister de se voltar à solução e prevenção das ilegalidades cometidas pelo Estado em detrimento das garantias dos particulares.

O processo administrativo, nas lições de Ricardo Lobo Torres,¹⁰ representa a garantia de que o contribuinte terá acesso à justiça fiscal, ou seja, que lhe será conferido o direito de auferir, ainda administrativamente, o grau de adequação do ato administrativo com os parâmetros normativos que regulam a matéria.

Revela-se então a característica do processo administrativo permitir que a administração conheça e resolva a controvérsia antes do Judiciário, permitindo que a validade do ato seja confirmada ou afastada sem a necessidade de uma decisão heterônoma.

A importância do processo administrativo em matéria tributária como elemento de acertamento da relação jurídica ainda mais se revela em nosso direito positivo na medida em que nossa legislação aplicável prescreve a suspensão da eficácia do ato enquanto pendentes de análise as razões de impugnação apresentadas pelo contribuinte, o que não se verifica com as mesmas possibilidades no âmbito judiciário.

Ponto de importante destaque e que demanda uma análise em nosso estudo é o fato de que a Lei n. 6830/80 estabelece a presunção de liquidez e a certeza do crédito tributário descrito no título executivo que aparelha uma ação de execução fiscal atribuindo ônus probatório ao contribuinte que pretenda questionar judicialmente a ilegitimidade da referida relação jurídica.

Temos que a presunção estabelecida na lei surge como elemento indispensável à soberania do Estado em suas relações tributárias, uma vez que se apresenta como decorrência da soberania estatal manifestada nas relações com o particular.

Para que tal presunção se apresente de forma legítima é imprescindível que a constituição do crédito tributário passe por todos os meios de aferição de sua legitimidade, o que se dará com o processo administrativo de controle de legalidade.

Eduardo Domingos Botallo transcreve importante comentário de Romeu Felipe Bacelar Filho, o qual, ao referir-se ao processo administrativo tributário, traz as seguintes considerações:

O processo tributário, na modalidade de processo administrativo tributário, participará, portanto, do núcleo constitucional de processualidade administrativa, sem, contudo, descurar do núcleo diferenciado decorrente do específico objeto deste processo: a aplicação da lei tributária ao caso concreto.¹¹

Ainda discorrendo sobre o processo administrativo, Eduardo Domingos Botallo faz uma distinção entre o que convencionou chamar de função administrativa ativa e função administrativa judicante.

Por função administrativa ativa, entendeu as situações em que o Estado age na produção de atos de execução determinando situações jurídicas individuais e, por função administrativa judicante, a atividade de tutelar os interesses da ordem jurídica para afastar os riscos de lesão a direitos subjetivos dos administrados que possam emergir do exercício da função administrativa ativa.¹²

O professor James Marins,¹³ ao discriminar o processo administrativo federal, distingue a existência de três etapas, ou momentos, distintos no âmbito do processo administrativo federal, o procedimento preparatório de lançamento, o ato de lançamento e o processo de julgamento.

Continua Marins afirmando que a etapa de preparação do lançamento, enquanto não se revista de qualquer contenciosidade ou sanção tributária, não apresentaria qualquer natureza processual, mas de simples procedimento.

Nos termos postos pelo autor, o procedimento prévio, preparatório ao lançamento, apresenta-se apenas como o conjunto de práticas da administração com a finalidade de aperfeiçoar o ato de lançamento. Como ato complexo, o lançamento só se aperfeiçoaria com a conclusão de diversas etapas que só adquirem relevância jurídica quando consideradas em sua unidade.

O correto exercício da função administrativa judicante é, a nosso sentir, manifestação da terceira onda do acesso à justiça, conforme proposto por Capeletti, mas aqui com um significado de acesso à justiça um pouco mais ampliado.

Não podemos aqui falar em acesso à justiça apenas como acesso à jurisdição ou sequer como acesso a um provimento jurisdicional que estabilize a relação social, uma vez que o conceito de jurisdição é inerente à atividade do Judiciário.

O conceito de acesso à justiça deve ser apreendido nesse momento como o direito ao acesso a um ato jurídico correto, adequado aos limites da legalidade, como o acesso ao justo, ao escorreito exercício da função administrativa ativa e, nesse particular, ainda não podemos falar em jurisdição.

O modelo constitucional adotado desde 1988 eleva o processo administrativo a tamanho grau de importância em nosso ordenamento jurídico que a sua não oportuna implicação implica propriamente nulidade absoluta do ato administrativo em decorrência da ausência do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

As relações travadas pelo particular com Estado são marcadas pela presença desse em posição de império em face da supremacia do interesse público em relação ao interesse particular, mas é justamente em face de todas as prerrogativas que são conferidas ao Estado que se deve direcionar ao particular meios de proteção contra os naturais excessos que podem ser praticados pelos agentes estatais.

Henrique Machado Rodrigues de Azevedo e Felipe de Carvalho Lobato Leite, apoiados nas lições de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, estabelecem o papel do processo administrativo no acesso à justiça:

Ao elevar para a Constituição o processo administrativo, equiparando-o ao judicial para obe-

diência aos princípios processuais maiores da ampla defesa e do contraditório, a razoabilidade e os meios que garantam a celeridade na tramitação, o constituinte deu ao processo administrativo tributário status de função judicante, cuja valorização inegavelmente o coloca como meio de acesso à ordem jurídica justa.¹⁴

Muito se evidencia a necessidade de proteção do indivíduo quando a atividade estatal resulta em invasão patrimonial contra o particular, como é o caso da relação tributária em que a realização de determinados atos jurídicos implicará necessariamente a transferência de titularidade de valores do particular aos cofres públicos.

O controle de seus atos pela administração pública revela-se então mais do que uma possibilidade, mas uma necessidade, uma imposição do Estado Democrático de Direito, verdadeira garantia fundamental direcionada ao particular de uma relação jurídica justa e atenta aos parâmetros de validade normativa instituídos pelo processo democrático.

Para que o processo administrativo se identifique com o escopo de veículo inerente à democracia nas ações estatais é imprescindível que observe de forma esmerada o contraditório e a ampla defesa.

Observar o contraditório significa permitir que o particular participe com suas razões na formação definitiva do ato administrativo por meio de um procedimento dialético entre o Estado e o particular.

Nesse sentido, quando a constituição confere ao particular a possibilidade de participar da formação do ato administrativo por meio do processo administrativo, conferindo-lhe a possibilidade de influenciar na sua formação por meio do contraditório, fica assentada a perspectiva de validade do ato administrativo mediante uma construção dialética dos padrões de racionalidade e justificação do referido ato.

Para bem desenvolver suas atividades de fiscalização, controle e execução, o Estado se aparelha de secretarias, agências, superintendências e uma série de órgãos componentes de uma estrutura organizacional complexa e repleta de normas administrativas infralegais para operacionalizar suas atividades.

Na seara tributária, essa complexidade nas relações com Estado se torna ainda mais evidente na medida em que cada vez mais surgem novas espécies de relações econômicas, com diversos enquadramentos tributários submetidos a distintos modelos de arrecadação que reclamam uma infini-

dade cada vez menos duradoura de procedimentos administrativos regulamentados por portarias, decretos, instruções normativas e tantas outras espécies de atos normativos.

No mais das vezes, no intuito de bem operacionalizar um modelo de arrecadação e assim aumentar a receita tributária do Estado, os agentes responsáveis por essa atividade acabam normatizando administrativamente procedimentos que não encontram guarida nos limites estabelecidos na lei de regência da matéria, ultrapassando o papel que lhes foi reservado pelo constituinte.

Em outras oportunidades, os agentes da administração pública agem no estrito limite da lei. Entretanto, essa lei fundamenta a sua atividade, não se amoldando ao que foi estabelecido pelo texto constitucional e contrariando os valores e limites da constituição.

Situação que também pode se fazer presente é a atuação do agente de arrecadação em total desconformidade com a legislação, seja na lei, seja nos demais atos normativos.

Na medida em que o Estado se faz existir pelos atos dos homens que o compõe, nada mais natural que surjam equívocos e ilegitimidades na atuação estatal que reclamem correção e ajustamento e, nesse sentido, surge o papel do processo administrativo como elemento garantidor dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo a uma justa atuação estatal em conformidade com as permissões normativas.

Assume o processo administrativo não apenas a função de solução de litígios para a garantia do cumprimento das obrigações tributárias, como menciona Marcelo Martins Altoé,¹⁵ mas também como meio de prevenção dos referidos litígios, provocando o acertamento do ato administrativo antes mesmo da irradiação dos seus efeitos e da definitiva constituição do crédito tributário, na hipótese de um lançamento, por exemplo, evitando-se assim, muitas vezes, a necessidade de ingresso no Judiciário.

Notas

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional da Associação de Ensino Superior de Olinda – AESO e da Faculdade Metropolitana. Advogado.

² CAPELETTI, 2002

³ ALTOÉ, 2009, p. 27.

⁴ BOYLE, Alan. H. Derecho y procedimientos administrativos en Inglaterra.

⁵ MARINONI, 2008, p. 131.

⁶ DIMOULIS, 2008.

⁷ LÓPEZ, 2010, p. 34.

⁸ Id., *ibid.*, p. 43.

⁹ Id., *ibid.*, p. 44.

¹⁰ TORRES, 2002, p. 162.

¹¹ BACELAR FILHO *apud* BOTALLO, 2006, p. 66.

¹² Id., *ibid.*, p. 67.

¹³ MARINS, 2003.

¹⁴ AZEVEDO, 2009, p. 7557.

¹⁵ ALTOÉ, 2009, p. 50.

Referências Bibliográficas

ALTOÉ, Marcelo Martins. Direito *versus* dever tributário. Colisão de direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO, Henrique Machado Rodrigues de e LEITE, Felipe de Carvalho Lobato. O modelo constitucional de processo administrativo tributário e seus reflexos na inclusão dos representantes das pessoas jurídicas como coobrigados na execução fiscal. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, Anais, 2009;

BACELAR FILHO, Romeu Felipe *apud* BOTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOYLE, Alan. H. Derecho y procedimientos administrativos en Inglaterra. Trad. Maria Dolores Rego Blanco, Reino Unido.

CAPELETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northflet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINS, James. Direito Processual Tributário brasileiro (administrativo e judicial). 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Processo Administrativo Tributário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÓPEZ, Maria Tereza Martínez e BIANCHINI, Marcela Cheffer. Aspectos polêmicos sobre o momento da apresentação da prova no processo administrativo federal. In: NEDER, Marcos Vinicius et al. (coords.) A prova no processo tributário. São Paulo: Dialética, 2010.



MAQUIAVEL E A GUERRA FISCAL DO ICMS: POR QUE OS ESTADOS SEGUEM À RISCA O CAPÍTULO XVIII DE *O PRÍNCIPE*?

Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba¹

Introdução; 1. A atualidade de Maquiavel; 2. O federalismo brasileiro e a Guerra Fiscal entre os estados: há como se evitar a Guerra Fiscal?; 2.1. O federalismo brasileiro e suas peculiaridades – por que o equilíbrio é difícil?; 2.2. O federalismo fiscal brasileiro e o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) – as origens da Guerra Fiscal do ICMS; 3. Considerações finais; 4. Notas; 5. Referências Bibliográficas.

Introdução

Ao estudar os clássicos da política, o nome que desponta no início dos estudos é, sem sombra de dúvida, o do florentino Nicolau Maquiavel. Tendo sido figura proeminente para que se desenhasse o atual Estado, Maquiavel sempre foi alvo de bastantes críticas, bem como conseguiu manter muitos admiradores.

Possuindo uma obra densa e que interessa a diversos ramos do conhecimento, notadamente quando se fala em seu livro mais conhecido, *O*

príncipe, Maquiavel será o pensador central do presente estudo, por ter estabelecido um verdadeiro *check list* para aqueles que se aventuram nos assuntos da política.

Apesar da distância temporal e da complexidade da governança contemporânea, Maquiavel é mais do que atual e ainda parece ser seguido à risca por aqueles que desejam manter o poder. Aqui se insere a temática do federalismo brasileiro, notadamente sob o seu viés fiscal e que tem gerado inúmeras polêmicas entre os entes autônomos da República Federativa do Brasil.

Assim, em um primeiro momento, será feita uma breve retomada acerca da figura ímpar da Maquiavel, indicando o momento histórico em que viveu e como isso refletiu em suas obras. No passo seguinte, explicitar-se-á o imbricado tema do federalismo, sobretudo sob o viés fiscal, que já nasce dissociativo, o que se reflete ainda na atualidade.

É nessa segunda temática que se insere o complexo problema da guerra fiscal do ICMS, tendo como palco o Conselho Nacional de Política Fazendária. Compreender a finalidade desse órgão e como se estrutura o seu papel no federalismo fiscal estadual brasileiro é fundamental para se entender a gravidade de suas decisões, principalmente em sede de benefícios fiscais.

Por fim, sem a pretensão de encontrar uma solução para a guerra fiscal, ver-se-á que essa ocorre, prioritariamente, em virtude da manutenção de um pacto fiscal desequilibrado e que, ao invés de solucionar as profundas desigualdades regionais, acaba por aprofundá-las, com a extrema proeminência da figura da União.

O objetivo do trabalho é, por fim, identificar a postura dos estados e do DF, com as prescrições contidas no Capítulo XVIII de *O príncipe*, marcadamente por se tratar da adoção de decisões que ferem frontalmente o que ficou acordado, mas que são aceitáveis dentro do contexto nacional.

1. A atualidade de Maquiavel

A fim de que se possa iniciar um estudo acerca do pensamento político moderno, deve-se começar explorando o pensador Nicolau Maquiavel, um dos nomes mais controvertidos da história da humanidade. Isso porque esse florentino, nascido no século XV, é motivo de muita admiração e, ainda mais, de ódio.

Apesar de seus escritos não serem lidos pela maior parte das pessoas distantes de uma lógica mais academicista, o nome Maquiavel deu origem a

algumas expressões que se identificam com a maldade, com a perversidade, com a imoralidade (ou mesmo amoralidade). Assim, tem-se maquiavélico, maquiavelismo, entre outros. Entretanto, esse verdadeiro estigma trazido pelo filósofo encontra raízes profundas em suas obras, a começar por *O príncipe*, seu escrito mais famoso. Destaca-se, ainda, como importante obra *Discursos sobre primeira década de Tito Lívio*.

Um olhar mais detido sobre o ambiente social no qual se inseriu Maquiavel pode colaborar no entendimento do conteúdo de sua obra. Ao retratar a conturbação na qual viveu o florentino, Sadek (2006, p. 14-5) relata a situação da Itália da época:

A península era então constituída por uma série de pequenos Estados, com regimes políticos, desenvolvimento econômico e cultura variados. Tratava-se de um verdadeiro mosaico, sujeito a conflitos contínuos e alvo de constantes invasões por parte de estrangeiros. [...] Nos últimos anos do século, entretanto, a desordem e a instabilidade eram incontrolláveis. [...] Nesse cenário conturbado, no qual a maior parte dos governantes não conseguia se manter no poder por um período superior a dois meses, Maquiavel passou sua infância e adolescência.

Seguem-se a isso momentos difíceis de exílio e de dificuldades financeiras em virtude de ter sido acusado de tomar parte na conspiração contra o governo dos Médicis: por motivo de tal acusação, Maquiavel foi torturado, condenado à prisão e a pagar multa (Sadek, *ibid.*, p. 15). Ao fim da vida, após períodos intensos de decepções, ele continua no ostracismo.

Entretanto, Maquiavel ressuscita em suas obras, que podem ser estudadas pelos mais diversos ramos do conhecimento: desde a ciência política até a psicologia, ele é explorado. Interessa, nesta parte do estudo, apresentar as características gerais da obra *O príncipe*, a fim de que suas questões centrais possam ser, mais à frente, conectadas com a guerra fiscal do ICMS no Brasil.

Começaremos por Bobbio, que enumera as três obras que teriam deixado marcas profundas na história das ideias políticas. Assim, *A utopia*, de Thomas Moore, *O príncipe*, de Maquiavel, e *Leviatã*, de Hobbes, mereceriam destaque (Bobbio, 2000, p. 72). Apesar das nuances de cada qual, assim se manifesta:

Essas três obras bem podem ser assumidas como símbolos de três modos distintos e típicos de se filosofar sobre a política: a primeira, da busca

pela melhor forma de governo, *a segunda, da busca da natureza da política*, a terceira, da busca pelo fundamento do Estado (Id., *ibid.*, p. 72, *grifo nosso*).

Assim, o que se destaca em Maquiavel é justamente essa identificação da natureza da política. Como era praxe nos escritores contemporâneos a ele, Maquiavel inicia sua obra mais conhecida dedicando-a a Lourenço de Médici, a quem começa a descrever o profundo conhecimento que passou a ter de grandes homens, tanto contemporâneos seus, quanto aqueles que viveram na Antiguidade.

Dessa forma, Maquiavel esclarece desde logo que “todos os governos que tiveram e têm poder sobre os homens são repúblicas ou principados” (Maquiavel, 2006, p. 19). A atenção do texto, então, passa a ser direcionada para os principados, que poderiam ser hereditários ou novos.

Os principados hereditários seriam aqueles mais fáceis de serem conservados, posto que apenas se exige do príncipe não preterir a ordem de seus antecessores e conseguir-se adequar às situações acidentais (Id., *ibid.*, p. 20): com isso, a estrutura já existente contaria a seu favor e certamente lhe seria útil na manutenção do poder.

Já no tocante aos principados novos, afirma:

Digo, pois, que, nos principados totalmente novos, onde reine um novo príncipe, encontra-se, para mantê-lo, certa dificuldade, conforme seja mais ou menos habilidoso aquele que os conquista e porque o fato de um particular tornar-se príncipe pressupõe habilidade ou sorte e para que uma ou outra dessas duas coisas diminua, em parte, muitas dificuldades; entretanto, aquele que tem tido menos sorte, mantém-se por mais tempo (Id., *ibid.*, p. 40).

Contudo, a despeito da estruturação desses governos, Maquiavel passa a oferecer uma verdadeira lição aos príncipes, insistindo que esses tanto devem ser *onesta* quanto *utile*, pretendendo que todos os príncipes tomem como modelo alguma figura histórica que tenha sido louvada e honrada (Skinner, 1999, p. 140).

Na forma de lidar com os homens, apregoa que esses “devem ser mimados ou exterminados; porque, se se vingam das ofensas leves, das graves não o podem; assim, a ofensa a um homem deve ser tal que não se tema a vingança” (Maquiavel, 2006, p. 25).

Essa passagem, que pode parecer extremamente cruel à primeira vista, uma vez que pretende que se empregue sempre a maior força possível, relaciona-se diretamente com aquilo que o filósofo considera ser o maior dever de um governante, qual seja, o de cuidar da sua própria segurança e força ao mesmo tempo que garantiria segurança e estabilidade aos seus súditos (Skinner, 1999, p. 144).

Entretanto, como grande expoente da teoria realista, Maquiavel considera que as relações políticas, como relações de domínio, devem buscar uma “verdade efetiva”, fugindo de meras divagações ou de teorias construídas em mundos ideais, sem aplicabilidade.

Assim, para esse mundo real, o governante deveria ser preparado para lidar com homens que estariam, a todo instante, colocando-o em provas difíceis e, se possível, destronando-o. A partir dessa ideia, começa a se evidenciar que moral e política parecem ser universos não convergentes, em que a realidade de um é completamente diferente da realidade do outro.

Situando-se como um dos grandes problemas da filosofia política, a relação entre política e moral para Maquiavel adota uma postura de rompimento. Para Bobbio (2000, 173), elas teriam em comum apenas o domínio sob o qual se estendem: estariam relacionadas com a práxis, com a ação humana.

Entretanto, é nas diferenças que se ressaltam as dificuldades: pode-se avaliar a política pelos mesmos critérios da moral? A moral do homem comum, em suas relações cotidianas, é a mesma moral do Estado? Uma conduta ilícita politicamente pode ser julgada positivamente sob o aspecto da moral?

Conforme já adiantado por Bobbio, haveria um dualismo, em Maquiavel, para a aplicação da moral e da política:

A questão fundamental de Maquiavel, pelo menos em uma das interpretações ao seu pensamento, a única de resto que dá lugar a um “ismo” (o chamado “maquiavelismo”), é mostrar *em que consiste a propriedade específica da atividade política e, desse modo, distingui-la da moral e da religião* (Bobbio, 2000, p. 72, grifo nosso).

Para Maquiavel, então, a lógica aplicável à política seria completamente diversa daquela afeta a moral. De forma bastante simples, então, ele começa a descrever condutas tipicamente imorais a fim de justificar as atitudes do príncipe, visando à manutenção do poder e ao fortalecimento da glória.

Estabelece o que Bobbio entende ser um dualismo real. Aqui se distinguem dois tipos de ação: as ações finais, que têm um valor intrínseco, e as ações instrumentais, as quais somente têm valor enquanto servem para que se alcance um fim considerado de valor intrínseco. Exemplos das primeiras seriam as obras de misericórdia, enquanto se enquadrariam nas segundas aquelas que, boas não por si mesmas, são julgadas em sua maior ou menor idoneidade para o alcance de um fim (Id., *ibid.*, p. 70).

Continua o autor a estabelecer o ponto central da doutrina de Maquiavel:

O que constitui o núcleo fundamental do maquiavelismo não é tanto o reconhecimento da distinção entre ações boas em si e ações boas não por si mesmas, quanto a distinção entre moral e política com base nessa distinção, quer dizer, a afirmação de que a esfera da política é a esfera de ações instrumentais que, como tais, devem ser julgadas não em si mesmas mas com base na sua maior ou menor idoneidade para o alcance do fim. [...] A solução maquiavélica da amoralidade da política é apresentada como aquela em que o princípio fundamental é: “O fim justifica os meios” (Id., *ibid.*, p. 71).

Com tudo isso, chega-se à conclusão de que Maquiavel admite a existência de duas morais, fundadas em critérios de julgamento das ações distintos, que levam a avaliações não necessariamente coincidentes da mesma razão e que são incompatíveis e não complementares entre si (Id., *ibid.*, p. 73).

É sobre essas duas éticas diferenciadas, cujos mundos não se interpenetram, que será avaliada a atuação dos estados da federação brasileira ao se tratar do complexo tema do federalismo fiscal. Tal temática, que supera as emoções de muitos capítulos importantes da história nacional, parece estar longe de se encerrar, o que aprofunda as dificuldades de se estabelecer um consenso em determinadas questões, mormente as fiscais.

2. O federalismo brasileiro e a Guerra Fiscal entre os estados: há como se evitar a Guerra Fiscal?

A fim de iniciar o estudo sobre a Guerra Fiscal no Brasil, é importante tecer breves considerações sobre o federalismo brasileiro, especialmente no que tange ao federalismo fiscal.

2.1. O federalismo brasileiro e suas peculiaridades – por que o equilíbrio é difícil?

Em 15 de novembro de 1889, por meio do Decreto n. 1, o marechal Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório, auxiliado por nomes importantes da história brasileira, como Rui Barbosa, Quintino Bocaiúva e Benjamin Constant, proclama “provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira – a República Federativa”.²

Com isso, inicia-se uma das etapas mais frutíferas e, ao mesmo tempo, bizarras da história nacional. Isso porque, profundamente influenciado pelo desenho traçado pelo federalismo norte-americano, o que se viu, nesta parte da América, foi uma composição completamente diversa.

Assim, enquanto os EUA, precursores do modelo federalista, desenharam-se pelo que se denomina de federalismo de associação, em que existiam treze colônias que abriram mão de sua soberania para formar um novo ente, aqui no Brasil, o traçado é o oposto: denominado de federalismo por segregação, ou por dissociação, existe um ente unitário que se reparte em setores menores, os quais passam a ganhar autonomia (Carvalho, 2010, p. 57).

Assim, com ares de centralidade, a forma federativa brasileira passa a configurar mais um tipo específico, mas que mantém, no geral, os mesmos elementos gerais: “b) descentralização política, administrativa e financeira previstas na Constituição; c) indissolubilidade; d) repartição de competências entre os entes federados; [...] f) autonomia política, administrativa e financeira dos entes federados [...]” (Id., *ibid.*, p. 57).

Quanto à forma de organização, pode-se classificar o federalismo brasileiro em cooperativo, já que existem temas nos quais pode haver a atuação simultânea de entes de diferentes níveis. É o que se dá, aqui, com o estabelecimento de normas gerais pela União, previsto no Art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988.³

Por fim, quanto ao equilíbrio, pode-se ter um federalismo simétrico e um assimétrico. Apesar de idealmente ser preferível o primeiro, mantendo os entes autônomos o mesmo relacionamento para com a autoridade central e a mesma divisão de poderes entre o governo central e o dos estados, de fato, a federação brasileira está longe de alcançar essa classificação. Isso porque, historicamente, há um enorme desnivelamento entre as regiões brasileiras, o que, inclusive, justifica a inserção, entre os objetivos fundamentais desta República Federativa, da redução das desigualdades regio-

nais. Ora, como meta a ser atingida, representa uma forma de efetivação do princípio da igualdade material, criando os mecanismos necessários a que, no futuro, possa haver relações mais simétricas.

Uma última observação importante, e que merece ressalvas no federalismo nacional, é a figura dos municípios. Ao se decretar a forma federativa de Estado no Brasil, criou-se um poder bipolar, dividido entre um governo central, que hoje se associaria à União, e alguns poderes regionais, compostos pelos estados-membros.

Ocorre que, até mesmo em decorrência da dimensão territorial brasileira, algumas figuras *sui generis* no federalismo passam a gozar de uma importância muito grande e, com a Constituição de 1988, buscam a sua autonomia: aqui se insere o papel relevante dos municípios. Trata-se, então, de inserir essa importante figura local no já complexo arcabouço federativo nacional.

Isso se dá pois a Assembleia Constituinte responsável pela feitura do texto constitucional teve de “costurar” uma série de interesses divergentes que eclodiram no período pós-ditadura. Entre esses interesses, ressalta o papel das lideranças locais por autonomia, o que viria acompanhado de importantes modificações no sistema tributário nacional, que passaria a contemplar tributos de competência exclusiva desses novos entes.

Há de se ressaltar, ainda, que diversos municípios brasileiros, a exemplo de São Paulo, possuem um Produto Interno Bruto bem maior do que um grande número de países do mundo e que, antes do traçado constitucional de 1988, ficavam atados aos poderes regional e central. Contudo, não se pode tomar os municípios brasileiros por exceções como essa do município paulista, na medida em que a maior parte deles, atualmente, sobrevive às custas de repasse de verbas estaduais e federais, o que gera um profundo desequilíbrio na federação.

Nessa assimetria, então, é que se configura o imbricado federalismo fiscal como realidade de afastamento e de embates entre os entes autônomos. Daí a oportuna denominação de “Guerra Fiscal”, que reflete o ambiente em que estados e municípios se digladiam a fim de arrecadar mais.

Para o que interessa ao presente estudo, centrar-nos-emos na chamada “Guerra Fiscal” do ICMS, já que, de igual forma, hoje é comum se identificar tal guerra entre os próprios municípios brasileiros.

2.2. O federalismo fiscal brasileiro e o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) – as origens da Guerra Fiscal do ICMS

Conforme José Maurício Conti (2001, p. 24-5), o federalismo fiscal compreende “a análise da maneira pela qual está organizado o Estado, qual o tipo de federação adotado, qual é o grau de autonomia dos seus membros, as incumbências que lhe são atribuídas e, fundamentalmente, a forma pela qual serão financiadas”.

O mesmo autor afirma que esse federalismo fiscal se caracteriza por ser dinâmico e pelo fato de as soluções adotadas serem específicas no tempo e no espaço, o que faz com que seja necessária, a todo instante, uma retro-lavagem no sistema, adaptando-o à realidade vigente (Conti, *ibid.*, p. 32). Tal dinamismo, como se verá, é bastante difícil de ser efetivado em virtude das necessárias mudanças legislativas que a matéria requer e por ser muito difícil se chegar a um consenso quanto a esses temas.

Assim, como forma de manter o tênue equilíbrio dos entes, a Constituição de 1988 trouxe o desenho de um Sistema Tributário Nacional que prevê competências privativas à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Como principal forma de arrecadação, embora não exclua outras, os tributos são figuras a serem implementadas por cada um dos entes.

Entre as espécies tributárias, ressaltam os impostos, cuja distribuição de competências ocorre entre os Art. 153 e 156 da CF/88. Há de se ressaltar, também, a competência comum para instituir taxas e contribuições de melhoria e, por fim, praticamente monopolizadas pela União, as importantes figuras das contribuições.

Para o que interessa ao presente estudo, focar-nos-emos nas competências tributárias estaduais. Assim, nos termos do Art. 155, tem-se que:

Art. 155. Compete aos estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

Assim, percebe-se que, possuindo competências para instituir esses três impostos, confere a CF/88 os meios necessários à efetivação da autonomia pretendida pelos entes no federalismo. Entre esses impostos, ressalta aquele previsto no Inciso II, vulgarmente conhecido pela sigla “ICMS”, e que foi uma tentativa de se adotar, no Brasil, o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) europeu.

O ICMS brasileiro, cuja arrecadação em 2010 foi de R\$ 259.857.026.000,00 (duzentos e cinquenta e nove bilhões, oitocentos e cinquenta e sete milhões e vinte e seis mil reais), sendo R\$ 149.471.073.000,00 (cento e quarenta e nove bilhões, quatrocentos e setenta e um milhões e setenta e três mil reais) apenas para a região Sudeste, configura a maior arrecadação de impostos do país.⁴

Partindo-se então do pressuposto de um federalismo cooperativo, em que a União funciona como ente que estabelece normas gerais a serem seguidas pelos Estados, foi editada a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, que cumpre o mandamento contido no Art. 155, §2º, Inciso XII, da CF/88.⁵

Contudo, como orquestrador da competência tributária estadual, foi instituído o Conselho Nacional de Política Fazendária. Trata-se de órgão que tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional (CMN) na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

É um fórum colegiado, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, nos termos do Decreto n. 7.050, de 23 de dezembro de 2009. Dentre as suas atribuições, ressalta-se a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o Inciso II do Art. 155 da Constituição (ICMS), de acordo com o previsto no § 2º, Inciso XII, Alínea “g”, do mesmo artigo e com a Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975.

Apesar de o ICMS ser um imposto de competência estadual, há a necessidade de se padronizar determinados aspectos a ele inerentes, tais como as alíquotas a serem utilizadas nas operações interestaduais, bem como fixar limites às alíquotas nas operações internas. Ademais, a fim de evitar a Guerra Fiscal, os benefícios quanto a esse imposto só poderão ser concedidos após manifestação prévia dos entes políticos, em virtude do pacto federativo.

A Lei Complementar n. 24/75, recepcionada pela CF/88, dispõe genericamente sobre a forma como se darão as isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS). Aduz, ainda, que esse mesmo tratamento será aplicável às hipóteses de redução da base de cálculo, devolução total ou parcial do tributo, concessão de créditos presumidos ou quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais.

Assim, o que se tem, nitidamente, é a utilização desses convênios com o objetivo de favorecer ou estimular determinadas condutas. Sobre o tema, expõe Morgana Carvalho:

Com efeito, o mecanismo das isenções é um forte instrumento de extrafiscalidade de dosagem entre a carga tributária e a capacidade contributiva. Além disso, [...] *o estado pode fomentar iniciativas de interesse público e incrementar a produção, o comércio, o consumo*. Assim, a decretação de isenções é ditada, primordialmente, pelo interesse público, não se tratando de “favor legal”, nem “dispensa de pagamento de tributo devido” (Carvalho, 2006, p. 215, *grifo nosso*).

Notadamente, por ter um forte viés extrafiscal, a doutrina é bastante controvertida quanto à forma a ser adotada para que estes convênios possam gerar efeitos. Na prática, a União, os estados e o Distrito Federal, representados por seus secretários de fazenda, reúnem-se e acabam por aprovar convênios concedendo isenções ou outros tratamentos mais benéficos, em termos de tributação, a alguns produtos.

Em seguida, tais convênios são incorporados às legislações estaduais por meio de mero decreto expedido pelo chefe do Poder Executivo, ou mesmo tacitamente, pelo transcurso de prazo. Nos termos do art. 4º, da LC n. 24/75, tem-se que:

Art. 4º. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, *o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo (grifo nosso)*.

É de se notar que o referido procedimento representa uma afronta direta ao § 6º, do Art. 150 da CF/88, o qual prevê que qualquer benefício fiscal só pode ser concedido mediante lei específica, nos termos seguintes:

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, *só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal*, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no Art. 155, § 2º, XII, g (*grifo nosso*).

Assim, Morgana Carvalho (ibid., p. 215) indica que há, pelo menos, duas vertentes que interpretam se a ratificação dos convênios, firmados no âmbito do CONFAZ, dá-se por lei específica ou por decreto executivo:

Segundo Celso Ribeiro Bastos, há uma corrente dos que defendem a tese de que seria o convênio o instrumento adequado, necessário e suficiente à concessão de isenção de ICMS, independentemente de aprovação legislativa ulterior (é o sistema que tem sido praticado pelos estados-membros, com a só exceção do Rio Grande do Sul). *E uma outra corrente agasalha a tese de que o convênio, para gerar os seus efeitos, dependerá de ratificação posterior pelas Assembleias Legislativas estaduais (grifo nosso)*.

Certamente, a segunda opção é a que melhor atende aos interesses da sociedade, notadamente por submeter a proposta de benefício à discussão pelos representantes do povo, nas casas legislativas. Vale ressaltar, ainda, que Oswaldo Saraiva Filho (Saraiva Filho, 2010, p. 51) noticia que grande parte da doutrina já encampa esse entendimento, destacando estudiosos como Geraldo Ataliba, Roque Carrazza e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Contudo, a Guerra Fiscal ainda não foi esboçada até aqui. Como se viu, o CONFAZ é o órgão no qual os estados e o DF definem o *modus operandi* do ICMS, notadamente em sede de benefícios fiscais. É aqui que se instala o grande problema, e que tem associação direta com o capítulo XVIII de *O príncipe*.

Nesse sentido, a Guerra Fiscal surge devido a manobras sub-reptícias dos estados e do DF, notadamente após a celebração de convênios e protocolos, ou mesmo quando esses não são celebrados. Assim, figura-se como

uma normalidade do sistema os entes se reunirem, deliberarem sobre determinados procedimentos a serem adotados em sede de ICMS e, no dia subsequente, tomarem atitudes internas completamente diversas daquilo que ficou acordado. Dessa forma, celebram convênio que concede uma redução de base de cálculo de 20% e, no plano interno, sem a anuência dos demais entes, aumentam a redução, com vistas a atrair mais empresas do setor. Da mesma forma, querendo atrair novos investimentos, concedem benefícios fiscais à revelia do CONFAZ.

A agir em ambos os casos, ratificam o pensamento de Maquiavel:

Não pode, assim, o príncipe prudente, nem deve, cumprir a palavra dada, quando esse cumprimento o prejudique ou quando desaparecem os motivos que o fizeram prometer. E, se os homens todos fossem bons, este preceito seria mau, porém, como são maus e não o observariam em relação a ti, tu não o deves observar em relação a eles. Nem jamais faltaram motivos legítimos ao príncipe para dissimular a inobservância da promessa. Disto poderiam ser dados infinitos exemplos modernos e demonstrar quantos pactos, quantas promessas não válidas e vãs foram feitas, pela infidelidade do príncipe; e aquele que melhor souber usar as qualidades da raposa é o que melhor se encontra (Maquiavel, 2006, p. 105).

Contudo, há de se ressaltar que a motivação dessa guerra fratricida se dá em virtude da manutenção de uma velha distorção no sistema:

Conforme aduzido alhures, a Guerra Fiscal é agravada pelo fato de que, apesar dos avanços na consolidação do federalismo brasileiro implementados pela Carta Constitucional de 1988, ainda subsiste um grave e antigo problema: a concentração de recursos na União em detrimento dos estados e municípios, o que afeta diretamente a autonomia desses entes federativos, enfraquecendo o pacto federativo (Menescal, 2010, p. 333).

Aqui, questões relevantes sobre moral e política começam a aflorar, sendo bastante dificultoso, especialmente em virtude dos desníveis entre as regiões brasileiras, definir quem age corretamente e quem se equivoca nesses procedimentos. Com tudo isso, permanece a mesma dúvida na federação brasileira, agravada pela inserção dos municípios na CF/88: existe uma

solução para o pacto federativo com o desenho de competências tributárias que prestigia a figura do ente central?

Trata-se de pergunta ainda sem resposta e que tende a ser piorada com o Simples Nacional, nova forma de centralização pela União e que ganha corpo a cada dia, dificultando ainda mais a situação de estados e municípios. A tendência, hoje, é que se piorem ainda mais as situações dos estados e dos municípios.

3. Considerações finais

Nos termos do que se pretendeu com o presente artigo, não se tinha em mente um esgotamento e o oferecimento de uma solução para a complexa questão da Guerra Fiscal no Brasil. Aqui a temática pretendia simplesmente identificar a postura dos estados e do Distrito Federal de não cumprimento dos acordos tomados no Conselho Nacional de Política Fazendária.

Contudo, até se chegar a esse ponto, partiu-se inicialmente da identificação da própria figura de Nicolau Maquiavel na condição de nascedouro do que se entende modernamente como Estado. Esse filósofo, que estabeleceu uma dicotomia entre política e moral, vem a prescrever uma série de passos ao governante que pretende se manter no poder, indicando exemplos positivos e negativos de outros príncipes, que enfrentaram situações semelhantes.

A seguir, especificamente no tocante ao federalismo brasileiro, desde suas origens, buscou-se identificar a forma como esse foi estruturado e ressaltando o ser caráter de dissociação, o que gera reflexos até a atualidade, com a sempre evidente exaltação da figura da União.

Seguindo-se, agora sob a ótica do federalismo fiscal, viu-se a forma como o Sistema Tributário Nacional estabeleceu a repartição de competências, bem como a divisão afeta aos estados e ao Distrito Federal, ressaltando-se a figura do ICMS como o imposto de maior arrecadação no país.

Foi nesse ICMS que se centrou a questão da Guerra Fiscal, tendo como palco principal o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), órgão no qual são tomadas diversas decisões acerca dos impostos estaduais e, especialmente, a concessão dos chamados benefícios fiscais.

Dentro desses benefícios foram inseridas as maiores dificuldades e se vislumbrou a exata descrição contida no texto de Maquiavel no tocante ao não cumprimento dos acordos. Como se viu, em virtude de um pacto

fiscal desigual para os Estados, esses, rotineiramente, descumprem os acordos firmados no nível do CONFAZ, alimentando uma guerra fratricida que está longe de se findar. Com tudo isso, buscou-se apenas explicitar o mecanismo rotineiro e que garante a sobrevivência de muitos estados na complexa federação brasileira.

4. Notas

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Professora substituta da Universidade Federal do Ceará/FEAAC. Professora da Pós-Graduação da Faculdade Integrada do Ceará (FIC/Estácio). Analista jurídica da Secretaria da Fazenda do estado do Ceará.

² Excerto do Art. 1º do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/leishistoricas.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

³ “Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

⁴ Dados contidos na página oficial do Conselho Nacional de Política Fazendária. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/confaz/boletim/>. Acesso em: 24 de abril de 2011.

⁵ “Art. 155. Compete aos estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2.º O imposto previsto no Inciso II atenderá ao seguinte: XII – cabe à lei complementar: a) definir seus contribuintes; b) dispor sobre substituição tributária; c) disciplinar o regime de compensação do imposto; d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no Inciso X, ‘a’; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro estado e exportação para o exterior, de servi-

ços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados; h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no Inciso X, ‘b’; i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço” (*grifo nosso*).

5. Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. In: BOVERO, Michelangelo (org.). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade e outros escritos morais. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. Renúncia de Receita sob a ótica do § 1º, do Art. 14, da LRF e benefícios fiscais concedidos no âmbito do CONFAZ. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto, n. 13, Salvador, Bahia, ano 2006, p. 213-25.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Federalismo e descentralização: características do federalismo fiscal brasileiro e seus problemas. Federalismo fiscal: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro

- em uma perspectiva comparada. Federalismo fiscal: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- Federalismo fiscal e fundos de participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENESCAL, Leonardo Alcantarino. Guerra Fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil. Federalismo fiscal: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de *virtú*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 2006, v. 1.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A concessão, por convênios do CONFAZ, de benefícios fiscais do ICMS e os princípios democrático, federativo e da proporcionalidade. Revista Fórum de Direito Tributário. Belo Horizonte, ano 8, n. 43, jan./fev. 2010, p. 37-54,.
- SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.



DANO MORAL POR ATRASO OU CANCELAMENTO DE VOO

Daniel Henrique Rennó Kisteumacher¹

1. Introdução; 2. Enfoque necessário sobre a aviação civil atual; 3. Da legislação pátria específica ao transporte aéreo de passageiros; 4. Dano moral decorrente de um atraso ou cancelamento de voo; 5. Da eventual concessão do dano moral; 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Antigamente, o transporte aéreo de passageiros era restrito a determinadas classes sociais, sendo sinônimo não só de um transporte rápido, efetivo e caro, mas também de glamour e status. Hoje, a situação é diferente. Na pós-modernidade, quando a globalização se erigiu como fenômeno caracterizado por interligada integração econômica internacional, o transporte aéreo popularizou-se e passou a possibilitar que qualquer pessoa possa adquirir passagens, por preços mais acessíveis, para qualquer lugar do mundo.

Dentro desse novo paradigma, observa-se no Judiciário uma crescente interposição de processos voltados exclusivamente para a obtenção de verba pecuniária a título de danos morais em decorrência de atrasos de voos, normalmente sob o fundamento de que os eventuais atrasos na decolagem

e na aterrissagem da aeronave ocasionariam efetivos abalos à honra, à moral e à psique do homem médio.

Entretanto, dentro da atual racionalidade democrática, com contornos específicos delimitados pela Constituição da República de 1988, o instituto do dano moral deve ser entendido e analisado com cautela, evitando-se que tais ações tornem-se verdadeira indústria de ganho pecuniário, na medida em que qualquer atraso de voo dê ensejo ao ajuizamento de uma ação, mesmo que de forma temerária, sem qualquer fundamento legítimo.

Dessa forma, é imprescindível uma análise mais apurada sobre o instituto do dano moral e sobre o que seria ou não um atraso de voo indenizável, pois não basta apresentar belas e longas citações sobre o instituto do dano moral, mas sim tecer a efetiva ilação entre tal instituto e o caso concreto de um atraso de voo, o que muitas vezes não acontece em diversos posicionamentos jurisprudenciais.

2. Enfoque necessário sobre a aviação civil atual

Cediço que poucos setores econômicos lidam com atividades tão complexas como as que permeiam a aviação civil. A atividade aérea, por sua complexidade de rotas, autorizações de voos, liberações de pista de aterrissagem e condições climáticas, é suscetível a retardos em seus horários. Trata-se de um setor marcado por uma intensa regulação técnica e econômica, com imensa fiscalização de diversos órgãos governamentais e imposições internacionais de diversos segmentos, o que impõe uma maior e séria necessidade de altos investimentos, mão de obra qualificada, tecnologia de vanguarda e um sistema administrativo que consiga coordenar toda a atividade, de forma a cumprir todo o tipo de regulação, bem como propiciar ao cliente uma maior comodidade e efetividade nos serviços.

Com enfoque nessa complexa atividade, tanto as empresas aéreas como também o governo brasileiro estão buscando medidas de estímulo ao crescimento do setor, incentivando a capacitação de profissionais da área, a ampliação da infraestrutura dos aeroportos, a discussão de normas que possibilitem uma atuação transparente e adequada com a legislação vigente etc. Há, então, clara busca por um aprimoramento generalizado do setor, seja por atuação das próprias empresas, seja pela adoção de medidas públicas específicas, o que é vital para o país e para a comodidade do cliente consumidor.

Exatamente nesse sentido, como dispõe o Decreto n. 6.780 de fevereiro de 2009, há que se superar os óbices que impedem o crescimento da avia-

ção civil de maneira ordenada e em sintonia com os objetivos nacionais de integração e ampliação do acesso ao serviço, de forma a promover a prosperidade equitativamente.

O próprio ex-diretor das Relações Internacionais e de Estudos, Pesquisas e Capacitação da ANAC, Sr. Josef Barat, ao manifestar seu desligamento do cargo em 2007 ao ministro da Defesa Nelson Jobim, afirmou a peculiaridade e a complexidade que é o ramo da aviação civil, uma vez que a operação do transporte de passageiros envolve o cumprimento de frequências, horários, requisitos de segurança e qualidade, monitoração de resultados e garantias de funcionamento regular.

Sendo assim, por se tratar de uma atividade regulada apenas parcialmente pelo mercado, o Sr. Josef Barat² continua, *in verbis*:

Sendo uma atividade regulada parcialmente pelo mercado, a estruturação e a ação do ente regulador se tornam mais complexas. Assim, embora os segmentos da aviação civil sejam regulamentados e sujeitos a regras definidas, em benefício dos usuários é necessária a regulação econômica. Esta, não deve inibir as forças de mercado, mas deve ser capaz, também, de impedir a competição predatória em prejuízo da qualidade e da segurança.

Neste momento crítico urge consolidar conceitos, diretrizes e linhas de ação, para que se busque a eficácia e o equilíbrio na atividade reguladora, considerando as possíveis mudanças na estruturação institucional do setor. Cabe ao Conselho Nacional de Aviação Civil – CONAC e ao Ministério da Defesa, resgatar o processo de formulação das diretrizes estratégicas, políticas públicas, estudos e planejamento de longo prazo. É importante, ainda, definir as prioridades e a natureza da regulação, nos seus aspectos técnicos e econômicos.

Assim, é óbvio que o referido setor e os eventuais problemas que possam ocorrer devem ser observados sobre o prisma acima proposto, uma vez que não se trata de um mero negócio regulado exclusivamente pela demanda do mercado, mas sim de um serviço de natureza híbrida, com complexidades que extrapolam qualquer outro tipo de setor.

Nesse exato sentido, o ministro Aldir Passarinho, da quarta turma do STJ, já se posicionou várias vezes, destacando que o transporte de passagerei-

ros envolve regras rígidas de segurança da aeronave, condições climáticas, infraestrutura dos aeroportos, ou seja, uma série de condições que extrapolam o próprio âmbito da atividade-fim prestada pela companhia aérea, impondo-se algum tempero no que concerne ao atraso de voo.

Segundo tal ministro:

exigir-se pontualidade na aviação é desconhecer, por completo, essas circunstâncias, muito próprias do transporte aéreo, que detém, de outro lado, desempenho bastante satisfatório no que tange à segurança e ao tratamento dispensado aos passageiros, no geral.

Cita-se, a título de exemplo, o julgamento do Resp. n. 431.303/SP, da lavra do referido ministro Aldir Passarinho, o qual consignou que o atraso no transporte aéreo não pode ser confundido com dano moral, porquanto permitiria a banalização de importante instituto, conforme assim ementado, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RITO SUMÁRIO. VALOR DA CAUSA ENQUADRADO NA HIPÓTESE LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ATRASO DE VÔO NÃO SIGNIFICATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. LEI N. 8.078/90 E CÓDIGO CIVIL.

I. Não se configura nulidade no processamento pela via sumária se o valor dado à causa guarda conformidade com a espécie legal, o que igualmente afasta a alegação de cerceamento de defesa, ainda mais porquanto a matéria debatida é essencialmente de direito.

II. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de voo não se restringem às situações elencadas na Convenção de Varsóvia.

III. Demora, todavia, inferior a oito horas, portanto não significativa e que ocorreu em aeroporto dotado de boa infraestrutura, a afastar a caracterização de dano moral, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum.

IV. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente.

O que se pretende afirmar é não ser possível ou legítimo encarar a aviação civil como um mero negócio competitivo, sendo que qualquer tipo de percalço ocasionado ao cliente constitua, imediatamente e sem a devida ponderação, um ilícito passível de reparação.

É necessário, acima de tudo, bom senso do julgador para entender a complexidade que envolve o setor, de forma que tal ponderação possa influir no trabalho hermenêutico que será realizado no caso concreto para se chegar a uma decisão legítima, analisando não somente o Código de Defesa do Consumidor, mas também os diplomas legislativos que regulamentam o transporte aéreo de passageiros.

3. Da legislação pátria específica ao transporte aéreo de passageiros

É muito comum se observar em todos os posicionamentos jurisprudenciais que analisam litígios oriundos de uma prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros, que somente o Código de Defesa do Consumidor é invocado para fundamentar a decisão. Todavia, o que ocorreu com as demais normas legislativas existentes em nosso ordenamento?

Com certeza, o CDC revolucionou o Direito Contratual brasileiro, antes centrado inflexivelmente nos princípios clássicos, uma vez que estendeu sua especial tutela não só a um tipo exclusivo de contrato, mas a todos que digam respeito a uma relação de consumo. Certamente esse diploma deve ser observado em todo e qualquer julgamento que envolva o transporte aéreo de passageiros.

Entretanto, o julgado não pode limitar seu campo de visão e aplicar indiscriminadamente o CDC quando existem outras normas que regulam o setor e impõem uma apurada análise de seu conteúdo.

A legislação pátria específica ao transporte aéreo está consubstanciada na da Resolução n. 141, de 9 de março de 2010, da ANAC (a qual substituiu a Portaria n. 676/GC5, de 13 de novembro de 2000), assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986). Tais diplomas legais são normas válidas, vigentes e perfeitamente aplicáveis aos problemas decorrentes da aviação civil, o que não pode ser desconsiderado na análise do caso concreto.

Com relação a eventuais atrasos ou cancelamentos de voos, referidos diplomas possuem regramento específico, podendo-se citar, a título de exemplo, os Arts. 3º e 4º da Resolução n. 141, de 9 de março de 2010, da ANAC, os quais estabelecem diversas alternativas para casos de atraso no aeroporto de partida do voo ou conexão por mais de quatro horas.

Esse comando segue a linha já traçada pela Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que também possui estipulação expressa sobre eventuais atrasos ou cancelamentos de voos, podendo-se citar como exemplos:

Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.

Art. 231. Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a quatro horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço.

A Resolução n. 141 da ANAC surgiu após trabalhos internos no próprio órgão e sobre a discussão acerca da inadequação da antiga Portaria n. 676/GC5, de 13 de novembro de 2000, a qual foi objeto de análise por Ação Civil Pública que tramitou perante a 6ª Vara Federal de São Paulo.

Ela representa, então, diploma válido e vigente que estabelece regras mais atuais e rígidas para o setor, reduzindo o prazo em que a empresa deve prestar assistência ao passageiro, ampliando o direito à informação e a necessidade de obrigação de reacomodação imediata nos casos de voos cancelados, interrompidos e para os passageiros preteridos de embarcar em voos com reserva confirmada.

Segundo o diretor de regulação econômica da ANAC, Marcelo Guaranys, em entrevista à Assessoria de Imprensa da própria ANAC:³

Por sua característica, o transporte aéreo sempre estará sujeito a circunstâncias como atrasos e cancelamentos. O objetivo do novo regulamento é harmonizar a relação entre a empresa e o passageiro, minimizando o impacto prejudicial ao consumidor, gerado por problemas causados pelas empresas aéreas. Num momento em

que observamos um aumento expressivo da demanda por transporte aéreo no Brasil – 17% de crescimento de 2008 para 2009 – buscamos ampliar os direitos dos passageiros, sem gerar custos excessivos, para que isso não seja repassado ao consumidor.

A Resolução, então, representa norma pátria capaz de regular várias situações decorrentes de casos de voos atrasados ou cancelados, além das situações de preterição (impedimento do embarque por necessidade de troca de aeronave ou *overbooking*), mas até então, principalmente no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é raro ver fundamentações jurídicas alicerçadas em seus dispositivos, seja em sentenças judiciais, seja em petições iniciais. Apenas o CDC é invocado.

Pretende-se chamar a atenção para o fato de que existem outros dispositivos legais além do CDC, os quais também apresentam regulações sobre o transporte aéreo de passageiros, embora, em grande parte das decisões judiciais exaradas, nenhuma menção seja feita a tais diplomas, o que implica limitar o campo hermenêutico e negar vigência à norma infraconstitucional plenamente válida e eficaz, capaz de elucidar o que seria, ou não, um atraso ou cancelamento de voo condenável.

4. Dano moral decorrente de um atraso ou cancelamento de voo

Consoante a melhor doutrina sobre a matéria, somente deve ser reputada como dano moral a reação psíquica do ser humano em face de uma lesão que implique intensa dor, vergonha, injúria moral em uma gravidade tamanha que ultrapasse as barreiras do mero aborrecimento e aflija o âmagô da pessoa.

É sempre oportuna a lição do professor Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 78) ao analisar a cautela a ser observada na configuração do dano moral, *in verbis*:

[...] Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extremada sensibilidade. Nessa linha de princípio só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame,

sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 188-9), ao analisar o dano moral, interpretando tal instituto conforme o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afirma com precisão que não será qualquer situação desconfortável pela qual passe o indivíduo que se revelará capaz de ensejar o dano moral, mas tão somente aquela que venha resultar em grave violação da dignidade humana da vítima, *in verbis*:

[...] De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno e aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.

Trilhando esse raciocínio, Antônio Jeová dos Santos (1997, p. 243), ao citar os autores Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti, adverte que nem todo e qualquer aborrecimento pode vir a ser compreendido como caracterização do dano moral:

Diferentemente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurará. Isto quer dizer que existe um 'piso' de incômodos, inconvenientes ou desgostos a

partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação.

O professor Rui Stoco (2001, p. 1381-2) adverte no mesmo sentido, pois a correta configuração do dano moral deve ser feita de forma criteriosa, não bastando a simples alegação da vítima de que fora atingida moralmente, pois senão, mediante uma interpretação mecânica e simplista da afirmação, haveria concretização de risco de deturpação do instituto, acrescentando um pernicioso componente de insegurança nas relações jurídicas.

Assim, consoante a opinião da melhor doutrina, somente deve ser reputada como dano moral a reação psíquica do ser humano em face de uma lesão que promova intensa dor, vergonha, injúria moral em uma gravidade tamanha a ponto de implicar necessariamente a negação da dignidade da pessoa humana. Exatamente isso deve ser perquirido no caso concreto.

Não pode o magistrado simplesmente considerar a existência do dano moral sem analisar o caso em concreto ou as provas constantes nos autos. O dano moral não existe por si só ou pela simples ocorrência do atraso ou cancelamento, sendo preciso a prova cabal e exauriente de que, em decorrência dessas eventuais situações, o mero aborrecimento foi ultrapassado. Isso é ônus exclusivo do passageiro..

Nas palavras de José de Aguiar Dias (1979, p. 495), “tem direito de pedir reparação toda pessoa que demonstre prejuízo e a sua injustiça”, o que impõe a necessidade de comprovação do dano moral, não podendo partir-se da premissa de que o mesmo é *in re ipsa*, desincumbindo a parte de comprovar qualquer repercussão negativa em seu contexto pessoal.

Destarte, a compensação do dano moral se faz necessária na medida em que existir ferimento ao psíquico ou, em último caso, sentimental, desde que devidamente comprovados. É evidente que o dano moral enseja direito a ressarcimento, contudo não se pode levar essa regra a extremos, como, por exemplo, pressupor que um atraso ou cancelamento ocasione automaticamente um dano por si só, sob pena de trazer descrédito à tese.

Nos casos de atraso ou cancelamento, não há dúvidas de que o fato constitui inadimplemento contratual, na medida em que a obrigação da companhia aérea, resultando do contrato de transporte firmado, é o transporte tempestivo do passageiro a seu destino no horário contratado. Entretanto, isso não quer dizer que o inadimplemento configura, automaticamente, um dano moral indenizável.

O inadimplemento, mesmo que parcial, do contrato de transporte aéreo é fonte sim de obrigações, mas eventual configuração do dano moral deve decorrer da análise das nuances da situação concreta, do tratamento dado ao consumidor, das justificativas apresentadas pela companhia aérea etc. É necessário, pois, a efetiva comprovação pelo passageiro de que os supostos reflexos negativos realmente ocorreram e de que o atraso ou cancelamento lhe causou grave abalo à integridade psicológica.

Alguns tribunais pátrios, acertadamente, já se posicionaram a respeito, podendo-se citar:

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. (Resp. n. 202564, ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado (Resp. n. 201.414, ministro Ari Pargendler).

Tal questão, inclusive, foi sumulada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consoante enunciado n°. 75 abaixo:

O SIMPLES DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL OU CONTRATUAL, POR CARACTERIZAR MERO ABORRECIMENTO, EM PRINCÍPIO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL, SALVO SE DA INFRAÇÃO ADVÉM CIRCUNSTÂNCIA QUE ATENTA CONTRA A DIGNIDADE DA PESSOA.

Corroborando a tese exposta, Décio Antônio Erpen (2000, p. 16), professor da PUC do Rio Grande do Sul e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao discorrer sobre a ocorrência do dano moral no contrato de transporte aéreo, leciona:

Sei que não se pode comprometer a vida do cidadão que programa sua vida, suas viagens, e se vê colhido diante de tais infortúnios. Todos nós já fomos vítimas de tal circunstância e devemos tentar impedir que o direito consagre a irresponsabilidade. As companhias devem se ajustar e sabe-se que há portarias ministeriais tentando disciplinar essa área, o que se faz a contento. O que não consigo é divisar o chamado 'dano moral' porque não vejo ofensa à intimidade, à honra ou à imagem da pessoa. Flagro, sim, aborrecimentos. Grandes, muitas vezes. [...] Sei que a presente tese se apresenta antipática porque contraria interesses da maioria, em benefício de poucos. Todavia, devo fugir do sentimentalismo, tendo orientado meus votos no sentido de que o dano moral não foi instituído para ressarcir aborrecimentos ou contratemplos. Para tanto, não há remédio. A medicina não assegura a imortalidade. As vicissitudes da vida são integrantes dela. Num julgado, expressei que num acidente de automóvel com danos materiais, deferimos indenização somente a esse título. Todavia, se confrontada a situação de um *overbooking* com um abalroamento de veículos, veremos que este último acarreta maiores transtornos que aquele.

Desta forma, percebe-se que o atraso ou cancelamento de um voo, por si só, não configura automaticamente qualquer tipo de dano moral, sendo imprescindível que as circunstâncias do caso concreto apontem para a efetiva e concreta violação da dignidade da pessoa, tal como compreendido o preceito exposto no Art. 1º, inciso III, da CR/88.

Obviamente isso deve ser ponderado caso a caso pelo julgador, pois não basta mostrar que o voo atrasou ou foi cancelado, mas sim que, em decorrência desses eventuais fatos, houve um efetivo prejuízo extrapatrimonial que ultrapassou o inadimplemento contratual e os meros dissabores que tais situações acarretam.

5. Da eventual concessão do dano moral

É muito comum se observar que, em casos de procedência da ação e condenação da empresas aéreas por danos morais, a maioria dos julgados concede alta verba indenizatória, passando ao largo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tais condenações muitas vezes ultrapassam

os limites do próprio bom senso e possibilitam que o consumidor realize a mesma viagem várias vezes. Mantendo essa postura sem nenhum tipo de reflexão, obviamente a “indústria” do dano moral só tende a crescer, pois as pessoas veem em situações corriqueiras do dia a dia a possibilidade de auferir alta soma em dinheiro.

Para fins de condenação, o valor de uma eventual indenização deve ater-se a critérios razoáveis, pois se presta à reparação do prejuízo sofrido, não servindo de fonte de enriquecimento da outra parte. O grande problema é estabelecer o que seria esse critério razoável, pois não basta justificar a concessão com fincas em uma “ponderação das circunstâncias”, mas efetivamente transformar essa ponderação em verba pecuniária dentro de parâmetros razoáveis.

Sempre oportuna é a opinião do professor Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 81):

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Nesse passo, o próprio Art. 944, parágrafo único, do Código Civil vigente recomenda prudência na fixação de eventual indenização, a qual deve ser moderada e equitativa às circunstâncias de cada caso, evitando que se converta a dor em instrumento de captação de vantagem, trazendo, ainda que de forma implícita, o princípio da razoabilidade na apuração.

Da mesma forma que na análise da existência, ou não, de situação grave o suficiente para gerar um dano moral indenizável, no momento de se arbitrar seu *quantum*, não basta apresentar belas e longas citações sobre o instituto do dano moral, o Estado Democrático de Direito, a função do Judiciário ou a importância de se respeitar os direitos dos consumidores. Ao revés, o magistrado deve justificar o motivo pelo qual entende ser aquela quantia suficiente e justa para ressarcir o consumidor pelo dano sofrido. Esse tipo de fundamentação legítima é muito raro nos julgados atuais.

6. Conclusão

Não existem mais dúvidas de que o serviço de transporte aéreo de passageiros atualmente ultrapassou as antigas fronteiras que permeavam a atividade, de forma a permitir que qualquer pessoa possa adquirir, por preços razoáveis, passagem para praticamente qualquer lugar do mundo.

Obviamente, com essa “popularização” aérea, o número de problemas e percalços aumentou, gerando reflexos no número de pessoas que buscam o Judiciário para discutir fatos decorrentes do contrato de transporte aéreo firmado com as empresas do ramo, normalmente buscando reparações de cunho extra patrimonial, ou seja, o famoso dano moral.

Como dito, observa-se, pois, uma crescente interposição de processos voltados exclusivamente para a obtenção de verba pecuniária a título de danos morais em decorrência de atrasos de voos, normalmente sob o fundamento de que os eventuais atrasos na decolagem e na aterrissagem da aeronave ocasionaram efetivos abalos à honra, moral e psique do homem médio.

Contudo, infelizmente, percebe-se que, na maior parte dos julgados, os julgadores já se orientaram a vincular o atraso de decolagem ou aterrissagem de um voo a um dano extrapatrimonial passível de indenização. Sem analisar o caso em concreto ou as provas constantes nos autos, já se criou a máxima de que: atraso de voo é igual a indenização. O que varia é apenas o *quantum* arbitrado.

Ora, o dano moral não existe por si só ou pela simples ocorrência do atraso ou cancelamento. Cada caso concreto apresenta situações completamente distintas, envolvendo pessoas diferentes, o que não pode ser simplesmente desconsiderado e proferida uma decisão sem a mínima análise fática ou das provas dos autos. É preciso, acima de tudo, prova cabal e exauriente de que, em decorrência de eventuais atrasos na decolagem ou aterrissagem do voo, o mero aborrecimento foi ultrapassado e o inadimplemento contratual proporcionou efetivamente um aborrecimento sério e legítimo.

É também óbvio que o dano moral enseja direito a ressarcimento, contudo não se pode levar essa regra a extremos, sob pena de trazer descrédito à tese, o que infelizmente vem ocorrendo.

O setor aéreo lida com situações extremamente complexas, que não dependem tão somente da atuação da empresa, sendo que, em decorrência de tal complexidade (autorizações de voos, liberações de pista de aterrissagem,

condições climáticas etc.), alguns retardos ou cancelamentos em horários previamente estabelecidos podem ocorrer. Entretanto, não se pode afirmar que a simples ocorrência de atraso ou cancelamento causa um dano moral passível de indenização. Não será qualquer situação desconfortável pela qual passe o indivíduo que se revelará capaz de ensejar o dano moral, mas tão somente aquela que venha resultar em grave abalo psíquico, o que deve ser expressamente provado pelo passageiro, não bastando sua simples argumentação.

No mesmo sentido, caso entenda-se pela ocorrência do dano moral em decorrência de atraso ou cancelamento de voo, o julgador deve justificar o motivo pelo qual entende ser aquela quantia suficiente e justa para ressarcir o consumidor pelo dano sofrido. Como dito, esse tipo de fundamentação é muito raro nos julgados atuais.

Dessa forma, é imperativo ocorrer amplo debate e reflexão sobre esse assunto, pois a máxima de que um atraso ou cancelamento ocasiona automaticamente um dano moral merece ser urgentemente revista, devendo o julgador ponderar as nuances do caso, o tratamento ao consumidor e uma série de fatores que interferem (ou ao menos deveriam interferir) na análise da efetiva ocorrência de danos morais indenizáveis por cancelamento ou atraso de voo.

7. Notas

¹ Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Pós-graduado em Direito Constitucional pela PUC-MINAS. Advogado do Escritório Salomão Cateb Associados.

² Disponível em <http://www.anac.gov.br/imprensa/mensagembrat.asp>.

³ Disponível em <http://www2.anac.gov.br/imprensa/AnacAmplia.asp>.

8. Referências Bibliográficas

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual. Ação de indenização. Rito sumário. Valor da causa enquadrado na hipótese legal. Cerceamento de defesa inexistente. Atraso de voo não significativo. Dano moral não configurado. Lei n. 8.078/90 e Código Civil. Recorrente: Tap Air Portugal. Recorrida: Eduarda dos Santos. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília/DF. DJ 26/05/2003, p. 364.
- . Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual. Direito de autor. Descumprimento contratual. Dano moral. Inocorrência em regra. Situação excepcional não caracterizada. Prescrição. Termo inicial. Cautelar de antecipação de prova. Efeito interruptivo. Medida preparatória de ação indenizatória. CPC, Arts. 219 e 846. Recurso parcialmente provido. Recorrente: Sistema Globo de Edições Musicais – SIGEM. Recorrida: Sueli Correia Costa. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília/DF. DJ 01/10/2001, p. 220. RDR v. 21, p. 386. RSTJ v. 152, p. 392. RT v. 798, p. 213.
- . Superior Tribunal de Justiça. Civil. Dano Moral. Recorrente: Edson Ronaldo Gomes Beleza et al.. Recorrida: Indaia Brasil Aguas Minerais Ltda. Relator: ministro Ari Pargendler. Brasília/DF. DJ 05/02/2001, p. 100.
- . Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Uniformização de Jurisprudência n. 2004.018.00003 na Apelação Cível n. 2004.001.01324. Julgamento em 22/11/2004 – Votação: unânime. Relator: desembargador Luiz Zveiter. Registro de Acórdão em 01/03/2005, fls. 779-8.
- BRASIL. Lei n. 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm. Acesso em: 02 de junho de 2011.
- CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DE MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. II.
- ERPEN, Décio Antônio. Revista da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro, jul.2000, n. 80.
- SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1997.
- STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



RESUMOS E ABSTRACTS



Nacionalidade das Pessoas Jurídicas Transnacionais

Eliane Braz

Resumo: A representação dos interesses no âmbito internacional e o poder de tributar têm como um de seus fundamentos a nacionalidade da pessoa, cujos critérios são definidos unilateralmente pelo Estado. No caso das pessoas jurídicas, sua nacionalidade pode determinar interesses contrários aos dos detentores de seu capital, seus verdadeiros controladores. Essa controvérsia tem levado os Estados a negociarem mecanismos que garantam o investimento de seus nacionais, considerados de modo independente dos critérios de definição da nacionalidade adotados internamente.

Palavras-chave: nacionalidade, representação, pessoa jurídica, investimentos estrangeiros.

Nationality of Corporations

Abstract: The representation of interests at the international scope and the power to tax have as one of its foundations the nationality of the person, whose criteria are defined unilaterally by the State. In the case of corporations, their nationalities can determine interests against the ones of the holders of its capital, the actual controllers. This controversy has been leading States to negotiate mechanisms to ensure the investment of their nationals, who are considered apart of the criteria of definition for nationality adopted internally.

Keywords: Nationality, representation, corporations, investments foreigners.

* * * * *

O Filósofo Artista

Flavia Bruno

Resumo: O presente artigo tem como objetivo expor a relação existente entre a arte e a filosofia no pensamento de Nietzsche e Deleuze, mostrando que, dessa aliança, resulta uma nova imagem do pensamento, na qual se abandona qualquer pretensão de enunciação da verdade e alcança-se o triunfo da potência do devir.

Palavras-chave: arte, filosofia, Nietzsche, Deleuze, potência do falso.

The Philosopher Artist

Abstract: This article aims to expose the relationship between art and philosophy at Nietzsche and Deleuze's thought, showing that this alliance produces a new image of thought, which abandons any claim to the enunciation of truth and reaches the triumph of the power of becoming.

Keywords: art, philosophy, Nietzsche, Deleuze, power of the false.

* * * * *

Judicial Review à Moda Brasileira: Reflexos da Teoria Constitucional Norte-Americana no Cenário Nacional

Flávia Martins de Carvalho, Andressa Storck, Antônio Pedro Braga Netto, Bryan Lins, Cláudia Aguiar e Raissa Torres

Resumo: É através do caso *Marbury v. Madison* que se inaugura o *judicial re-*

view, termo que nasce do poder da Suprema Corte norte-americana para declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais. Atualmente, o debate tem como cerne a definição do quanto é legítima e justificável a aplicação do instituto pela Suprema Corte, questionamento também existente em outros países que adotam o controle de constitucionalidade forte, como o Brasil. Um dos reflexos da teoria constitucional norte-americana na jurisdição constitucional pátria está na adoção do controle de constitucionalidade incidental. Nos últimos anos, as características do desenho institucional brasileiro têm acentuado o papel político do STF, interferindo na definição de políticas públicas e aumentando a tensão existente entre constitucionalismo e democracia. O presente artigo tem como objetivo apresentar a origem do *judicial review*, as críticas que lhe são direcionadas, bem como alguns de seus reflexos no modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

Palavras-chave: *Judicial Review*, Teoria Constitucional, STF.

The Brazilian Way of Judicial Review: Reflexes of the American Constitutional Theory in the National Picture

Abstract: It is through the case *Marbury v. Madison* that starts the judicial review, a term which comes from the power of the American Supreme Court to annul acts considered unconstitutional. Nowadays, the debate's core is the definition of how legitimate and justifiable is the use of the institute by the Supreme Court, a question that also exists in other countries that adopt the strong control of constitutionality, such as Bra-

zil. One of the reflexes of the American constitutional theory on the national constitutional jurisdiction is the reception of the incidental control of constitutionality. In the past years, the traces of the Brazilian institutional picture have been accentuating the STF's political role, interfering in the definition of public policy and increasing the tension between constitutionalism and democracy. This article aims to present the origin of the judicial review, the criticism directed to it, as well as some of its reflexes on the Brazilian pattern of constitutional jurisdiction.

Keywords: Judicial Review, Constitutional Theory, STF.

* * * * *

A Postura da Defesa no Processo: a Adoção de Estratégias Defensivas

Franklyn Roger Alves Silva

Resumo: O presente artigo examina a postura da defesa em audiência, principalmente no que diz respeito à antecipação das teses defensivas, bem como à possibilidade de o réu, em seu interrogatório, responder somente às perguntas da defesa, manifestando seu silêncio em relação aos demais questionamentos.

Palavras-chave: defesa, interrogatório, direito ao silêncio.

The Defense Posture in the Process: adoption of Defensive Strategies

Abstract: The present article examines the defense's posture in the court,

specially in the matter of anticipation of defensive thesis, as well as the possibility of the defendant to use the right to remain silent and to answer only the part of the questions.

Keywords: defense, questioning, right to be silent.

* * * * *

O Rastro Desconstrutivo ao Direito Criminal e o Norte Indesconstruível da Justiça

Igor Pereira

Resumo: O filósofo Jacques Derrida enfrentou o problema da justiça no colóquio “A Desconstrução e a Possibilidade da Justiça”, em sua palestra de abertura, denominada de “Força de Lei: o ‘fundamento místico da autoridade’”. Nessa ocasião, o autor afirmou que a desconstrução é a justiça, ponderando a sua presença no direito. Este artigo apresenta uma leitura não relativista desse pensamento derridiano, defendendo a necessidade de um “olhar desconstrutivista” do sistema penal, com o intuito de flexibilizar a rigidez e a violência do seu cerne.

Palavras-chave: Jacques Derrida, desconstrução, justiça penal, força de lei.

The Deconstructive Trace to Criminal Law and the Undeconstructible Way of Justice

Abstract: The philosopher Jacques Derrida has faced the problem of justice at the conference “Deconstruction and the

Possibility of Justice”, in his keynote address, called “Force of Law: the ‘mystical foundation of authority’”. On that occasion, the author said that deconstruction is justice, considering its presence in the law. This article presents a non-relativistic reading of Derrida’s thought, argues for a “deconstructive sight” of the criminal justice system, in order to relax the rigidity and violence of its core.

Keywords: Jacques Derrida, deconstruction, criminal justice, force of law.

* * * * *

Os Embargos à Execução Fiscal e a Desnecessidade de Garantia do Juízo para seu Oferecimento

Raphael Corrêa

Resumo: Será tratada neste trabalho a disciplina da Lei n. 6.830/80, comumente chamada de “Lei de Execução Fiscal”, especificamente no que concerne à possibilidade ou não de oferecimento de embargos à execução fiscal sem a garantia do juízo. Atentaremos a respeito da *mini* reforma do Código de Processo Civil, na parte referente à execução, introduzida pela Lei n. 11.382/2006, que permitiu o oferecimento dos embargos à execução – ainda que sem efeito suspensivo –, mas sem exigibilidade de garantia do juízo, e seus possíveis reflexos na LEF.

Palavras-chave: processo civil, embargos à execução, execução fiscal, oferecimento de embargos, desnecessidade de garantia do juízo.

The Motion to Tax Enforcement Execution and Unnecessary Guarantee of Judgement Offering

Abstract: This paper is a careful study of whether the Law n. 6.830/80, commonly called Tax Enforcement Act, offers or not a tax motion to attach tax enforcement without a guarantee of law court. The minimal reformation of Civil Lawsuit Code will be considered, regarding the execution, introduced by Law n. 11.382/2006, which has allowed to offer attachment to execution – although without suspensive effect –, but without guarantee of enforceability of judgments, and their possible impact on LEF.

Keywords: public law, civil lawsuit, attachment execution, tax enforcement execution, attachment offer, unnecessary guarantee of judgement.

* * * * *

Política Criminal de Segurança Pública em Tempos de Democracia: Limites à Soberania Estatal

*Roberta Duboc Pedrinha e
Taiguara Libano Soares e Souza*

Resumo: O objetivo do presente trabalho é abordar a gestão da segurança pública no estado do Rio de Janeiro e sua permanente tensão com os direitos fundamentais. Após a transição da ditadura militar para a reabertura democrática, assiste-se a um crescente processo de criminalização da pobreza, decorrente da implementação de um padrão de segurança pública orientado pela metáfora da guerra. O modelo predominante baseado

na lógica do combate é gestado de maneira paradoxal: para garantir a lei e a ordem, pode mesmo colocar-se à margem do direito. Pode-se falar, portanto, de um estado de exceção permanente que, para efetuar estratégias de controle social, recorre à suspensão e à violação de direitos humanos fundamentais em determinados territórios da jurisdição estatal, comumente nas comunidades de periferias urbanas. Dessa maneira, delineia-se uma zona de indeterminação entre democracia e totalitarismo, diante da qual as favelas podem ser compreendidas como o campo de concentração da atualidade, de que fala Agamben. Por este olhar, o padrão beligerante de segurança não se pauta pela Constituição formal, mas é erguido segundo os ditames da constituição material biopolítica, que se vale de dispositivos de poder como mandados de busca e apreensão genéricos, autos de resistência, presença das Forças Armadas em comunidades periféricas, uso do blindado “caveirão” e grupos paramilitares (milícias), comprometendo a própria noção de democracia.

Palavras-chave: política criminal, segurança pública, democracia, poder soberano, vida nua

Criminal Policy of Public Security in Times of Democracy: Limits On the State Sovereignty

Abstract: The present text's objective is to study public security management in Rio de Janeiro and its permanent tension with human rights. After the transition from a military dictatorship to democratization period, it is possible to observe the growth of poverty criminalization process, which has its origins in the improvement of the public security

default based on a war metaphor. This public policy of combat is managed in a paradoxical way: in the name of law and order guarantee, it should stay out of the constitutional law. We could think about a permanent state of exception that uses the suspension and the violation of human rights in the slums communities to provide social control strategies. In this way, an indetermination zone is outlined between democracy and totalitarianism, where the slums can be comprehended like the nowadays concentration camp, like Agamben says. So, the public security war default is not guided by a formal constitution. However it is developed by the biopolitical material constitution, which uses devices as domicile invasions, summary executions, presence of Army Forces in slums communities, “caveirão” tank using, and the activity of paramilitary groups. These are actions that compromise the notion of democracy, actions of the state of exception.

Keywords: criminal policy, public security, democracy, sovereign power, bare life.

* * * * *

La Responsabilidad Patrimonial del Estado Frente al Deficiente Ejercicio de la Función Administrativa

Inés Anunciada D’Argenio

Resumen: Revisión del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado como instrumento idóneo para garantizar el cumplimiento eficaz de los cometidos públicos impuestos legalmente, a partir del análisis de un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

en Argentina, vinculado a la realidad de una gestión administrativa deficiente. Los argumentos expuestos en la sentencia para dispensar de responsabilidad patrimonial al Estado, solo obedecen a la necesidad de preservar el erario público frente al sistemático incumplimiento en la realidad de los cometidos impuestos a la administración pública.

Palavras clave: gestión administrativa, incumplimiento, responsabilidad patrimonial.

The Liability of the State Against the Poor Performance of the Administrative Management

Abstract: The purpose of this article is the review of the institute of patrimonial liability of the State as an appropriate instrument to ensure the effective discharge of public duties lawfully imposed. The analysis of a case decided by the Supreme Court of Justice in Argentina, linked to the reality of a deficient administrative management. The arguments developed in the sentence, which were aimed to exonerate the State from patrimonial liability, only respond to the need to preserve the public treasure from the systematic non-fulfillment of the tasks imposed to the public administration.

Keywords: administrative management, non-fulfillment, patrimonial liability.

* * * * *

O Visconde do Uruguai e o Direito Administrativo Comparado

Ana Lucia de Lyra Tavares

Resumo: O presente trabalho visa a destacar o pioneirismo de Paulino José Soares de Souza (1807-66), o Visconde do Uruguai, nos estudos de direito administrativo comparado, evidenciado em sua principal obra, *Ensaio sobre o direito administrativo*. Evocam-se as peculiaridades de sua vida pessoal e pública que se refletiram na confecção desse ensaio e, sobretudo, a sua percepção, não apenas da importância dos aportes de direito estrangeiro para o direito administrativo brasileiro, mas principalmente da necessidade de adaptação ao nosso contexto desses aportes e do alerta para as cautelas que devem ser tomadas na importação de modelos jurídicos, ilustrando-se, esse último aspecto, com o processo de recepção, pelo direito brasileiro, do modelo francês de Conselho de Estado. Comparada a obra do Visconde do Uruguai com a de Jean Rivero, produzida cerca de um século depois, destacam-se, neste artigo, as antecipações do administrativista brasileiro em relação a conceitos próprios da matéria e à metodologia da comparação aplicada ao direito administrativo. Sublinha-se a importância do conhecimento, pelas novas gerações de juristas brasileiros, da contribuição de ilustres pensadores de nosso direito, visando ao fortalecimento da consciência da especificidade de nosso sistema jurídico, o que não é incompatível com metas pontuais de aproximação com outros sistemas.

Palavras-chave: Visconde do Uruguai, direito administrativo comparado, recepções de direito, direito brasileiro.

Viscount of Uruguai and the Administrative Compared Law

Abstract: This paper aims to highlight the pioneering work of the Brazilian jurist Paulino José Soares de Souza (1807-66), the Viscount of Uruguai, for his studies in the field of administrative compared law and also to indicate the peculiarities of his personal and public life that have been reflected in the making of his works, mainly in the most important of them, the *Essays concerning administrative law*. It also emphasizes his perception of importance of the contribution of foreign law to the Brazilian administrative law, as well as the need to adapt these foreign legal elements to our context and to be cautious in these processes of legal transplants. To this purpose, Uruguai studied very profoundly the transplant of the French model of Council of the State by the Brazilian Law during the Empire. Comparing the Viscount of Uruguai's works with Jean Rivero's writings a century later, some relevant anticipations of this Brazilian jurist are evoked concerning specific concepts of the administrative law and his remarks dealing with the comparative legal method applied to administrative law. The present article also highlights the importance of the knowledge, by the new generations of Brazilian jurists, of the contribution of our most important legal thinkers, which can help to strengthen the consciousness of the specificity and value of our legal system, understanding that it is not incompatible with some current goals of putting together different legal systems concerning specific matters.

Keywords: Viscount of Uruguai, administrative law, legal transplants, Brazilian law.

* * * * *

Levando o Conceito de Autopoiese a Sério: por que o Direito não pode ser compreendido a partir do paradigma de Niklas Luhmann

Josué Mastrodi

Resumo: O objetivo deste artigo reside em desafiar alguns dos limites do conceito de autopoiese social, em especial quando esse é aplicado para a compreensão do direito. Procurarei demonstrar que esse paradigma, originalmente utilizado como modelo descritivo da realidade biológica (Maturana e Varela) ou lógica (von Foerster, Bertalanffy) foi desenvolvido na teoria social por Luhmann, visando igualmente à descrição de seu objeto, e que, em que pese essa afirmação, a autopoiese social é, na verdade, um modelo prescritivo, pois trata exclusivamente de imputar consequências sociais ou jurídicas à realidade social. Ou seja, pela autopoiese não se diz como a realidade social ou jurídica é, mas como elas devem ser.

Palavras-chave: filosofia do direito, Niklas Luhmann, autopoiese, conceito fictício, paradigma inaplicável ao direito.

Taking the Concept of Autopoiesis Seriously: Why Law Cannot Be Understood by Niklas Luhmann's Paradigm

Abstract: This article aims to challenge some limits of social autopoiesis concept, especially when it is applied for understanding the law system. My inten-

tion is to demonstrate that this paradigm, originally used as a descriptive model of reality, either biological (Maturana and Varela) or logical (Von Foerster, Bertalanffy), was also developed in Luhmann's systems theory as a descriptive model. However, although Luhmann asserts so, the social autopoiesis is a prescriptive model, since it exclusively refers to impute social or legal consequences to social reality. In other words, by the autopoiesis it is not said how society or law is, but how they should be.

Keywords: philosophy of law, Niklas Luhmann, autopoiesis, fictional concept, paradigm inapplicable to law.

* * * * *

Ética no Poder Judiciário sob a Visão Aristotélica

Érika Barboza de Carvalho

Resumo: Nada mais íntimo da ética do que o Direito. Os responsáveis por sua incidência como ferramenta de solução de conflitos humanos de técnicos numa ciência precisam se conscientizar de sua vocação restauradora da vida moral, sendo essa compartilhada no mínimo essencial para que a grande diretriz da dignidade da pessoa humana seja mais do que uma intenção, mas incida concretamente na vivência republicana.

Palavras-chave: ética, direito, moral, justiça, Poder Judiciário.

Ethics in the Judiciary Under Aristotelian

Abstract: Nothing more intimate with ethics than the right. The ones responsible for its incidence as a tool for

technical human conflicts resolutions in science must become aware of their vocation to restore moral life, which is shared in its essentials for the human dignity to be more than an intention, but can be focused specifically on republican experiences.

Keywords: ethics, law, moral, justice, Judiciary.

* * * * *

Direitos Humanos e Cidadania – Edith Stein

*Andréia Tognazzi Costa Barbosa,
Angelia Soares, Milton Rodrigues Pereira,
Sérgio de Oliveira Rocha
e Maria Lucia Sales Gyrão*

Resumo: Procuramos, neste artigo, focalizar os direitos humanos e a cidadania, sob alguns aspectos, primeiramente conceituando os direitos humanos e a sua progressão a direitos fundamentais, passando a ser positivados pelo ordenamento jurídico. Em segundo lugar, faremos um breve histórico dos direitos humanos e, finalmente, de forma perfunctória, abordaremos, em nosso entender, a maior filósofa do século XX, Edith Stein, que testemunhou com suas obra e vida a proclamação desses direitos, os quais garantem ao ser humano o status da cidadania.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Fundamentais, cidadania, Edith Stein.

Human Rights and Citizenship – Edith Stein

Abstract: In this article, we try to focus on human rights and citizenship under some points of view, firstly devising a

concept for human rights and its evolution into fundamental rights turning to law into the general Legal System of a country. Secondly, we make a brief history of human rights. Finally, we perfunctorily approach, in our view, the greatest philosopher of the 20th century, Edith Stein, who witnessed, with her works and life, the proclamation of such rights, which guarantees that the human being have right to enjoy citizenship.

Keywords: Human Fundamental Rights, citizenship, Edith Stein.

* * * * *

Discrecionalidade Administrativa e sua Transformação no Estado Democrático de Direito

Sérgio Guerra

Resumo: O presente artigo visa a analisar algumas questões que vêm conduzindo o tema da discricionariedade administrativa a uma ampla discussão acerca da compatibilidade dessa categoria de escolha administrativa, estruturada há mais de duzentos anos sob o binômio “conveniência” e “oportunidade”, aos desafios da atual complexidade e tecnicidade cotidiana.

Palavras-Chave: direito, direito público, direito administrativo, discricionariedade administrativa.

Administrative Discretionary Power and its Transformation Under the Rule of Law

Abstract: This article aims to examine some issues that are leading the theme of discretionary power to a broad discussion about the compatibility of this category of public choice, organized for more than 200 years under the binomial “convenience” and “opportunity”, with the challenges of the current complexity and technicality.

Keywords: law, public law, administrative law, discretionary power.

* * * * *

Da Sociedade de Risco à Sociedade de Garantia: a Convalidação dos Atos Administrativos Provisórios e sua (In)Compatibilidade com a Tutela Ambiental

Leonio José Alves da Silva

Resumo: Constitui objetivo do presente estudo a análise crítica sobre o modelo de proteção ambiental lastreado na sociedade de risco, demonstrando suas características, consequências e insuficiência na realidade brasileira, o que resulta no irreversível arrefecimento do princípio da prevenção e da supremacia do interesse público. Assim, proporemos a substituição do modelo protetivo de risco pelo modelo da tutela difusa de garantia, delineando seus elementos estruturais e sua viabilidade prática no atual contexto pátrio e ressaltando-se a inaplicabilidade de postulados clássicos consolidados na Teoria Geral do Direito Civil e a colisão

com as diretrizes ambientais expostas na Constituição Federal de 1988, além do poder-dever de autotutela da Administração Pública, expressa no comando das Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: sociedade de risco, sociedade de garantia, tutela do patrimônio ambiental, autotutela administrativa.

From Risk Society to Guarantee Society: the Ratification of the Provisory Administrative Acts And Its (In) Compatibility With the Environmental Guardianship

Abstract: The objective of the present study is the critical analysis of the model of environmental protection in the risk society, demonstrating its characteristics and insufficiency in Brazilian reality, which results in the irreversible cooling of the beginning of prevention and the supremacy of public interest. Thus, we will consider the substitution of the risk model for the model of the diffuse guardianship of guarantee, delineating its structural elements and practical viability in the current native context and standing out it of classic postulates consolidated in the General Theory of Civil Law and the collision with the displayed environmental lines of direction in the 1988 Federal Constitution, as well as power-having of the Public Control Administration, express in the Supreme Federal Court's command of Abridgements n. 346 and 473.

Keywords: risk society, guarantee society, guardianship of the ambient patrimony, Administrative Control.

* * * * *

Algumas Reflexões sobre a Jurisdição Brasileira em Questões Internacionais de Falência

*Marcos Vinícius Torres Pereira
e Frederico A. Monte Simionato*

Resumo: O presente artigo visa a refletir a respeito das normas brasileiras sobre questões de falência internacional. O tema é de suma importância nos dias de hoje devido ao constante crescimento dos negócios internacionais, que, em falta de sucesso, acabam levando a casos de falência internacional. Inicialmente, o artigo esclarece algumas noções essenciais de Direito Internacional Privado que são importantes na área do Direito Processual Internacional. Estabelece-se a diferença entre competência legislativa e competência judiciária, jurisdição e competência, competência internacional e competência interna, competência concorrente e competência exclusiva, jurisdição direta e jurisdição indireta. Analisa-se especificamente a repercussão internacional das normas sobre o foro de falência do Direito Interno Brasileiro, se elas podem firmar a jurisdição dos tribunais brasileiros para casos internacionais e seus possíveis reflexos sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras de falência. Para tal, faz-se uma abordagem da evolução histórica de tais regras no Brasil, indicando não somente a legislação mas também a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, até os dias de hoje, com a Lei n. 11.101/05, Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Comenta-se o Código Bustamante à luz da legislação brasileira, com foco nas regras falimentares previstas nesse tratado multilateral ainda

em vigor no Brasil. Ao final, são apontadas as atuais necessidades do Direito Brasileiro para a adequada regulamentação internacional sobre falência.

Palavras-chave: falência internacional, jurisdição brasileira, foro, competência internacional.

Some Reflections on the Brazilian Jurisdiction towards International Bankruptcy Matters

Abstract: This article aims to think about the Brazilian rules of international bankruptcy matters. The theme is extremely important nowadays due to the constant growth of international affairs, which, during unsuccessful phases, lead corporations and businessmen to bankruptcy. Initially, the paper clarifies some essential notions of the Conflict of Laws, which are important to the field of International Process Law. It is established the difference between legislative competence and judicial competence, jurisdiction and competence, international competence and internal competence, relative competence and absolute competence, direct jurisdiction and indirect jurisdiction. The study analyzes specifically the international consequences of the rules of bankruptcy forum in Brazilian Domestic Law, whether they can establish the jurisdiction of Brazilian tribunals for international cases and their consequences upon the recognition and enforcement of foreign bankruptcy decisions. It is made therefore an approach of the historical evolution of such rules in Brazil, indicating not only Brazilian rules, but also the doctrine and jurisprudence about the theme, until nowadays, with Act n. 11.101/05, Bankruptcy and Enterprise's Recuperation Act. It is com-

mented the Bustamante Code through the light of Brazilian laws, with the focus on the bankruptcy rules included in this multilateral treaty, which is still in force in Brazil. In the end, some current needs of Brazilian Law are pointed out for appropriate international bankruptcy regulation.

Keywords: international bankruptcy, Brazilian jurisdiction, forum, international competence.

* * * * *

O Fundamento Material do Ilícito-Típico à Luz da Compreensão Onto-Anropológica do Direito Penal de Faria Costa: a Ofensividade e os seus Distintos Níveis

*Diego Alan Schofer Albrecht
e Júlia Bagatini*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo (re)discutir e (re)pensar os fundamentos do direito penal. Rechaçando as premissas que movem as teses funcionalistas hoje predominantes, o estudo em questão, a partir da adesão à compreensão onto-anropológica do direito penal desenvolvida por Faria Costa, busca encontrar um argumento de validade capaz de legitimar a intervenção penal e limitar as pretensões político-criminais. Pretende, ademais, demonstrar que a ofensividade, ancorada na referida compreensão, pode ser estruturada em diferentes legítimos níveis.

Palavras-chave: ofensividade, compreensão onto-anropológica do direito penal, funcionalismo, perigo.

The Material Foundation of the Illicit-Typical From the Perspective of Faria Costa's Onto-Anthropological Understanding: the Offensiveness and its Distinct Levels

Abstract: This article aims to (re)discuss and (re)think the fundamentals of criminal law. Rejecting the premise that move the nowadays prevalent functionalist theories, the study in question, from the accession to the onto-anthropological understanding of criminal law developed by Faria Costa, attempts to find a valid argument which can legitimize criminal intervention and limit the political-criminal pretensions. Moreover, this paper intends to demonstrate that the offensiveness, grounded in that understanding, can be structured in different legitimate levels.

Keywords: offensiveness, onto-anthropological understanding of criminal law, functionalism, danger.

* * * * *

O Processo Administrativo como Meio de Auferição do Acesso à Justiça nas Relações Jurídico-Tributárias

Rodrigo de Moraes Pinheiro Chaves

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de analisar o conceito de acesso à justiça e os pontos de estrangulamento conforme apresentados por Capeletti, bem como discorrer sobre o papel do processo administrativo como elemento de efetivação do acesso à justiça ao indiví-

duo nas relações que esse estabelece com o Estado na seara tributária. Tentaremos verificar o papel do processo administrativo na formação da relação jurídica, sua natureza e o modo como ele pode, ao menos no âmbito federal, influenciar na adequação do ato estatal com os limites estabelecidos na norma jurídica.

Palavras-chave: acesso à justiça, efetivação, processo administrativo, relação tributária, Capeletti.

Administrative Process as a Means of Access to Justice Measurement in Tax Legal Relations

Abstract: This paper aims to examine the concept of access to justice and choke points as presented by Capeletti, as well as discuss the administrative process' role as an effective access to justice to the individual in the relations he establishes with the State in the tax field. We are going to attempt to verify the role of the administrative process in the formation of the legal relationship, its nature and how it may, at least at the federal level, influence the adequacy of the state act with the limits established in the legal standard.

Keywords: access to justice, effective, administrative process, value tax, Capeletti.

* * * * *

Maquiavel e a Guerra Fiscal do ICMS: por que os Estados Seguem à Risca o Capítulo XVIII de *O Príncipe*?

*Fernanda Mara de Oliveira Macedo
Carneiro Pacobahyba*

Resumo: O objetivo geral deste artigo é identificar a ação política dos Estados brasileiros e do Distrito Federal à luz dos princípios políticos estabelecidos por Nicolau Maquiavel. Tal estudo visa a centrar-se nas questões tributárias, especificamente no tocante ao ICMS, imposto que, na atualidade, é o centro da chamada “Guerra Fiscal”. Entretanto, deve-se partir de uma breve enunciação do papel do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), órgão integrante do Ministério da Fazenda. Tal órgão, em que tem assentos os Secretários de Fazenda estaduais e distrital, é o palco onde são tomadas as decisões acerca da concessão de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, sob a forma de unanimidade entre os entes políticos participantes. Entretanto, não é incomum se ver, no cenário real, descumprimentos dos acordos feitos por esses mesmos Estados, figuras que detém autonomia e que podem identificar “grandes necessidades” para não continuar com os pactos anteriormente firmados, mas sem que os denunciem. Daí a Guerra Fiscal como decorrência direta de um pacto federativo desigual, em que ressalta proeminente a figura da União. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética.

Palavras-chave: Maquiavel, Guerra Fiscal, ICMS; Confaz, estados.

Machiavelli and the Fiscal War of ICMS: Why States Follow Carefully Chapter XVIII of the Prince?

Abstract: The purpose of this paper is to identify the political action of the Brazilian states and the Federal District under the principles established by political Niccolo Machiavelli. This study aims to focus on tax issues, specifically with respect to GST, tax that, currently, is the center of the "Fiscal War". However, one should begin with a brief statement of the role of the National Policy Council (CONFAZ), an agency under the Ministry of Finance. This organ, which have season the Finance Secretaries of state and district, is the stage where decisions are made about the tax incentives under the GST, in the form of unanimity among states. However, it is not uncommon to see, in real scenario, breaches of agreements made by those states, which has autonomy and figures that can identify "high needs" not to proceed with the previously signed agreements, but without that denounced it. Thence the Fiscal War as a direct result of an uneven the federative pact, which emphasizes the prominent figure of the Union. The methodology used is bibliographical, theoretical, descriptive, exploratory and dialectic.

Keywords: Maquiavel, Fiscal War, ICMS, Confaz, states.

* * * * *

Dano Moral por Atraso ou Cancelamento de Voo

Daniel Henrique Rennó Kisteumacher

Resumo: Na pós-modernidade, em que a globalização se erigiu como fenômeno caracterizado por interligada integração internacional, o transporte aéreo de passageiros merecer uma análise mais apurada por parte dos juristas em geral, uma vez que se tornou praxe no mundo jurídico considerar que um atraso ou cancelamento de voo, por si só, é capaz de repercutir na esfera íntima da pessoa e gerar um dano moral indenizável. Milhares de processos são interpostos a fim de discutir essa questão, sustentando, muitas vezes indevidamente, o afã de consumidores que buscam uma compensação pecuniária por um atraso ou cancelamento de voo. O dano moral constitui importante instituto, que merece melhores análise e ponderação, principalmente em casos de cancelamento ou atraso de voo.

Palavras-chave: transporte aéreo, dano moral, indenização.

Moral Damages For Flight Delay or Cancellation

Abstract: In post-modernity, when globalization has built itself as a phenomenon characterized by interconnected international integration, the carriage of passengers deserve a more thorough analysis by the lawyers in general, because it has become common, in the legal world, the belief that a flight delay or cancellation, by itself, is capable of impact the individual's intimate sphere and generate a moral damage. Thousands of cases are brought to discuss this issue, arguing, often wrongly, the eagerness of customers seeking for monetary compensation for a flight delay or cancellation. The

moral damage is an important institution, which deserves further analysis and consideration, especially in cases of flight cancellation or delay.

Keywords: air transport, moral damage, indemnity.

NORMAS PARA O RECEBIMENTO E PUBLICAÇÃO DOS TRABALHOS

A Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes recomenda a seus colaboradores que enviem seus artigos da seguinte forma:

- 1) Os originais devem ser enviados ao Conselho Editorial por meio de carta, com cópia impressa e em *compact disk*, ou por *e-mail*.
- 2) Os textos devem ser digitados utilizando-se o Microsoft Word, seguindo os parâmetros abaixo:
 - Fonte Times New Roman, espaçamento 1,5.
 - Tamanho: 12.
 - Configurações das margens em 3,0 cm superior, inferior e laterais em papel A4.
 - Títulos e subtítulos numerados conforme a ordenação.
 - Não utilizar a tabulação em nenhum ponto do texto.
- 3) No cabeçalho devem constar: título do artigo e autor(es). Outras informações devem ser colocadas como nota no final do artigo.
- 4) A ordem do artigo deve obedecer ao seguinte padrão: título, autoria, texto, notas, referências bibliográficas, resumo, palavras-chave, título em inglês, *abstract* e *keywords*.
- 5) Os trabalhos, ao serem publicados, devem vir acompanhados de um resumo em português e mais um em inglês, com no máximo 150 palavras, além das palavras-chave em português e em inglês, sendo no máximo 5 palavras.

- 6) Toda citação deverá estar entre aspas. Quando esta exceder três linhas deverá ser colocada em outro parágrafo, recuado, sem aspas, com espaço simples e letra Times New Roman, tamanho 10.
- 7) As notas devem ser marcadas com números no alto à direita da palavra e colocadas no final do texto, antes da referência bibliográfica, com letra tamanho 10.
- 8) A referência bibliográfica deve obedecer às normas NBR 6023:2002.
- 9) Os artigos devem conter no mínimo 10 e no máximo 20 páginas. Antes de sua publicação, serão revisados pelo Conselho Editorial.
- 10) A revista possui as seguintes modalidades: artigos de membros do corpo docente, artigos do corpo discente e colaborações de outras instituições de ensino superior.
- 11) O Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes se reserva o direito de realizar, quando necessário, pequenas modificações nos artigos, visando a melhor adequá-los aos padrões da revista ou a tornar seu estilo mais claro. A qualidade dos trabalhos será atestada por, no mínimo, dois consultores ad hoc, especialistas na área, indicados pelo Conselho.
- 12) Os conceitos emitidos nos artigos são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).
- 13) Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.
- 14) Enviar, com os artigos, autorização assinada pelo autor ou seu procurador para que o trabalho seja publicado em versão impressa e divulgado na *homepage* da Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes.
- 15) O Conselho Editorial se reserva o direito de recusar os trabalhos que não atendam as normas estabelecidas ou que não sejam pertinentes ao projeto editorial. Os autores receberão dois exemplares do número que contiver sua colaboração.

NORMAS PARA AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (NBR 6023: 2002)

As referências bibliográficas ao longo do texto devem respeitar o seguinte padrão: sobrenome do autor, data, página. Ex: (Bobbio, 1995, p. 73).

As referências bibliográficas ao fim do artigo devem seguir os modelos e exemplos abaixo:

MONOGRAFIAS (LIVROS, FOLHETOS E TRABALHOS ACADÊMICOS):

AUTOR. Título: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas ou volumes.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 259 p.

AUTOR. Título: subtítulo. Número de folhas ou volumes. Tipo de trabalho. Categoria (grau e área de concentração) – Instituição, data (ano) da tese.

BENTES, H.H.S. A teoria grega de justiça na interface com os trágicos:

dos pré-socráticos a Platão. 380 p. Tese (Doutorado: Filosofia do Direito) – PUC-SP, 2000.

CAPÍTULOS DE LIVRO:

AUTOR DO CAPÍTULO. Título do capítulo. In: AUTOR DO LIVRO. Título do livro: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas. Páginas inicial e final do capítulo.

AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. In: HESPANHA, Antonio (Org.). Justiça e litigiosidade: história e perspectiva. Lisboa:

Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 119-138.

TRABALHOS APRESENTADOS EM EVENTOS:

AUTOR DO TRABALHO. Título do trabalho. In: **NOME DO EVENTO**, número., ano, local de realização (cidade). Título... Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação (ano). Páginas inicial e final do trabalho.

GENRO, T. Os espaços públicos não estatais. In: **CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS**, 16, 1996, Fortaleza. Anais... Brasília: OAB, 1996. p. 151-157.

ARTIGOS E REVISTAS:

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. Título da revista, local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial e final do artigo. Mês e ano do fascículo.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 6, 163 – 178p. novembro, 2001.

INFORMAÇÃO OBTIDA VIA CD-ROM:

AUTOR. Título. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Tipo de suporte.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. Normas.doc. Curitiba, 1998. 1 CD-ROM.

INFORMAÇÃO OBTIDA VIA INTERNET:

AUTOR. Título. Disponível na Internet. Endereço. Data de acesso.

SILVA, Ines Gandeia da. Pena de morte para o nasciturno. O Estado de São Paulo, São Paulo, 19 set. 1998. Disponível em: http://www.providafamilia.org/pena_morte_nasciturno.htm. Acesso em: 19 set. 1998.

DOCUMENTOS JURÍDICOS (DE ACORDO COM A NBR 6023:2002):

Constituição Federal:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Emenda Constitucional:

BRASIL. Constituição (1988). E-menda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Lex: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

Medida Provisória:

BRASIL. Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

Decreto:

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

Resolução do Senado:

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

Consolidação de Leis:

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

Código:

BRASIL. Código Civil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:

Emenda Constitucional:

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova re-

dação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Lex: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

Medida Provisória:

BRASIL. Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Estabelece multa em operações de importação e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

Decreto:

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Dispõe sobre a desativação de unidades administrativas de órgãos da administração direta e das autarquias do Estado e dá providências correlatas. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

Resolução do Senado:

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Autoriza o desbloqueio de Letras Financeiras do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul por meio de revogação do parágrafo 2º, do artigo 1º da Resolução n. 72, de 1990. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

Consolidação de Leis:

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

Código:

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JURISPRUDÊNCIA (DECISÕES JUDICIAIS):

Apelação Cível:

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

Habeas-corpus:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Súmula:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.14. In: -----. Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:

Apelação Cível:

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Administrativo. Escola Técnica Federal. Pagamento de diferenças referente a enquadramento de servidor decorrente da implantação de Plano Único de Classificação e Distribuição de Cargos e Empregos, instituído pela Lei n. 8.270/91. Predominância da lei sobre a portaria. Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

Habeas-corpus:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Constrangimento ilegal. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex:

jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Súmula:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível por ato administrativo restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. In: -----
Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

Doutrina:

BARROS, Raimundo Gomes de. Ministério Público: sua legitimação frente ao Código do Consumidor. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 19, n. 139, p. 53-72, ago. 1995

Documento jurídico em meio eletrônico

LEGISLAÇÃO brasileira: normas jurídicas federais, bibliografia brasileira de Direito. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. 1 CD-ROM. Inclui resumos padronizados das normas jurídicas editadas entre janeiro de 1946 e agosto de 1999, assim como textos integrais de diversas normas.

BRASIL. Regulamento dos benefícios da previdência social. In: SISLEX: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência e Assistência Social. [S.I.]: DATAPREV, 1999. 1 CD-ROM.

Legislação:

BRASIL. Lei n. 9.887, de 7 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: . Acesso em: 22 dez 1999.

Súmula em Homepage:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: . Acesso em: 29 nov. 1998.

Súmula em Revista Eletrônica:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Julgamento: 1963/12/16. SUDIN vol. 0000-01 PG00037. Revista Experimental de Direito e Telemática. Disponível em: . Acesso em: 29 nov.1998.

